Paulo Gustavo Gonet Branco (org.)

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

Carlos Maurício Lociks de Araújo
Carlos Odon Lopes da Rocha
Daniel Augusto Mesquita
Divaldo Pedro Marins Rocha
Everaldo Magalhães Andrade Júnior
Francisco Valle Brum
Hugo Souto Kalil
João Francisco da Mota Junior
José Felício Dutra Júnior
José Wilson Ferreira Lima
Lara Corrêa Sabino Bresciani
Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de Souza
Silvio Suzart dos Santos

Brasília, IDP 2013

Organização

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

1ª edição

Autores:

Lara Corrêa Sabino Bresciani

João Francisco da Mota Junior

Everaldo Magalhães Andrade Júnior

Carlos Odon Lopes da Rocha

Francisco Valle Brum

Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de Souza

Divaldo Pedro Marins Rocha

Carlos Maurício Lociks de Araújo

José Felício Dutra Júnior

Hugo Souto Kalil

IDP

Brasília

2013

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco[1]

Como atividade integrante da disciplina Jurisprudência do Direito Constitucional, os alunos do Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, que nela se matricularam em 2013, produziram individualmente trabalhos que analisavam precedentes de tribunais diversos, envolvendo tema de interpretação da Constituição, sob o ângulo do fenômeno do ativismo judicial.

Ao longo dos nossos encontros, discutíamos o significado da expressão e procurávamos discernir o uso e os casos de abuso das críticas que nela se apoiavam. A análise de precedentes à luz dessas considerações é o que o leitor do *ebook* encontrará nas próximas páginas. Boa leitura!

Brasília, 18 de dezembro de 2013.

Paulo Gustavo Gonet Branco (org)

---

[1] Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1982), mestrado em Direitos Humanos - University of Essex (1990) e doutorado em DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO pela Universidade de Brasília (2008). Atualmente é professor da Escola Superior do Ministério Público do Df e Territórios, professor do Instituto Brasiliense de Direito Público, coordenador do mestrado acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público e subprocurador-geral da república do Ministério Publico Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, jurisprudência do stf, controle de constitucionalidade, inconstitucionalidade lei efeitos e constituição.

CAPÍTULO 1

A IMPERTINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A QUEBRA DO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA: O RISCO DO ATIVISMO JUDICIAL

Lara Corrêa Sabino Bresciani[2]

DOI 10.11117/9788565604233.01

Resumo: O presente artigo faz uma análise da aplicabilidade, pelos Tribunais pátrios, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para quebrar o pactuado entre as partes que celebram um contrato de previdência privada. Princípio valioso do Direito Constitucional, a dignidade da pessoa humana tem sido frequentemente invocada para fundamentar qualquer questão judicial, desde as mais simples às mais complexas, o que tem culminado em sua banalização. Neste trabalho foram estudadas algumas decisões judiciais de Tribunais brasileiros que aplicaram, numa conduta ativista, ou seja, de notório cunho moral e político, o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da legislação específica regente da relação de previdência privada, que assegura, em última análise, a realização dos princípios próprios dessa relação jurídica, também previstos na Constituição Federal.

Palavras chaves: Previdência privada, contrato previdenciário, dignidade da pessoa humana, jurisprudência, ativismo judicial.

Abstract: This paper analyzes the applicability, by the Brazilian courts, of the principle of dignity of human beings as the basis to break the agreement made between the parties that signed a contract of private pension plan. An important principle of constitutional law, the dignity of the human person, has often been invoked in order to justify any legal matter, from the simplest to the most complex, which has culminated in its trivialization. This work studied some Brazilian courts

---

[2] Advogada, especialista em Direito Processual Civil, mestranda em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

decisions that have applied, with an activist behavior, taken from a notoriously moral and political standpoint, the principle of human dignity rather than specific legislation that regulates the private pension system, which ensures the achievement of its own principles of these legal relationships,also laid down in the Federal Constitution.
Keywords: Private pensions, pension plan contract, dignity of human beings, jurisprudence, judicial activism.

Introdução

O Sistema de Previdência Brasileiro divide-se em três diferentes Regimes, a saber: Regime Geral de Previdência Social (RGPS), voltado para os trabalhadores da iniciativa privada, de filiação compulsória, baseado no regime de repartição simples (não há acumulação de recursos) e gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; Regimes Próprios de Previdência **Social** (RPPS), destinado aos servidores públicos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e sua administração é tarefa de cada um desses entes federados; e o Regime de Previdência Complementar (RPC), oferecido, em caráter complementar, a todos os trabalhadores, de filiação voluntária e caráter mutualista, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e gerido por entidades de previdência complementar[3].

O Regime de Previdência Complementar tem como principal finalidade a de complementar o que o Regime Geral e, mais recentemente, os Regimes Próprios de Previdência não oferecem, já que limitados a um teto. Neste artigo, será abordado exclusivamente o Regime de Previdência Complementar, operado por entidades **fechadas** de previdência complementar.

A relação previdenciária complementar nasce pela celebração de um contrato previdenciário, que vige durante toda a fase de acumulação (cerca de décadas) e também durante o período de percepção do benefício, o que demonstra a longevidade desse tipo de relação jurídica.

---

[3] As entidades de previdência complementar podem ser abertas, cujos planos de benefícios são oferecidos por instituições financeiras e acessíveis a todos que queiram deles fazer parte; ou fechadas, em que os planos de benefícios são oferecidos por empresas patrocinadoras exclusivamente a seus empregados.

Assim, por ser uma relação cuja vigência é bastante longa, é necessário que haja estabilidade de regras, ou seja, o respeito às disposições contidas no contrato previdenciário, sob pena de se inviabilizar o plano de benefícios financeira e atuarialmente.

A validade das regras contidas nos contratos previdenciários tem sido objeto de muitos embates judiciais, que culminam, em muitos casos, com a quebra do disposto no instrumento contratual em nome de princípios que não se aplicam a esse tipo de relação, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de difícil compreensão e alcance, dada a sua abrangência, tem sido frequentemente invocado perante o Poder Judiciário pelas partes litigantes (autores e réus) e também pelos julgadores, como fundamento para justificar as mais diversas situações jurídicas.

Situações jurídicas essas que envolvem, desde questões de máxima violência até as mais banais, ou ainda aquelas meramente contratuais, atinentes ao Direito Privado, como ocorre com a previdência complementar brasileira.

A utilização desse princípio de forma indiscriminada e aleatória por aqueles que não se esforçam em compreender o seu real significado e alcance, especialmente nos casos que envolvem a previdência complementar brasileira, conforme será demonstrado a seguir, tem sido um convite ao ativismo judicial, aqui compreendido na sua acepção negativa, que longe de fazer “justiça” entre as partes, acabam por desrespeitar regras legais e disposições voluntariamente pactuadas, podendo resultar na completa inviabilidade financeira e atuarial dos planos de benefícios complementares.

2 Breves considerações sobre o Regime de Previdência Complementar operado por entidades fechadas

O Sistema de Previdência Complementar possui hoje relevante papel na sociedade brasileira, vez que constitui uma das mais importantes fontes de poupança estável e de longo prazo nacionais, fomentando o desenvolvimento econômico do país; seja por permitir que, na inatividade, milhares de trabalhadores

brasileiros mantenham o mesmo ou semelhante padrão de vida de quando ainda estavam na ativa; seja por atuar, ainda que de forma autônoma, lado a lado com a Previdência Social, na promoção do bem-estar e justiça social.

Segundo observado por Lygia Avena (2005, pp. 171-172):

> Quer em razão de sua atuação como instrumentos de recursos humanos das suas empresas patrocinadoras, incentivando a renovação de quadros de pessoal e propiciando maior tranquilidade aos seus participantes quando da sua passagem para a inatividade laborativa, quer em virtude da sua relevância como formadores da poupança nacional e propulsores do desenvolvimento econômico, ou em razão da sua significativa função social e previdenciária, é indiscutível a crescente importância dos fundos de pensão.

Diante da sua importância, a Previdência Complementar ganhou assento constitucional em 1998 (Emenda Constitucional nº 20), sendo disciplinada pelo art. 202, cujo *caput* assim preceitua:

> Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar[4].

No art. 202 da Constituição Federal estão disciplinados os pilares do Regime de Previdência Complementar brasileiro: autonomia frente ao Regime Geral de Previdência Social (independência de regras), facultatividade (filiação e desfiliação voluntárias), respeito às regras do Regulamento do plano de benefícios aprovadas pelo Órgão Federal de Supervisão[5] (contrato previdenciário), prévia constituição de reservas (custeio) e equilíbrio financeiro e atuarial.

As entidades fechadas de previdência complementar, também denominadas de “Fundos de Pensão”, integram o Regime de Previdência Complementar, e são

---

[4] A “lei complementar” a que se refere o *caput* do transcrito art. 202, na verdade, não é apenas uma, mas duas: as Leis Complementares nºs 108 e 109, ambas do ano de 2001. A primeira delas rege a relação das entidades fechadas de previdência complementar e seus patrocinadores, que são entes públicos. Já a segunda, disciplina, de forma geral, as relações previdenciárias mantidas entre participantes e a entidade de previdência complementar.

[5] No caso das entidades fechadas de previdência complementar, o Órgão Federal de Supervisão é a PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, que é responsável por aprovar os termos do Regulamento que rege a relação previdenciária complementar, conforme prevê a Lei Complementar nº 109/2001: Art. 33. Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador: I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações ...

constituídas sob a forma de sociedades civis sem finalidade lucrativa, cujo objetivo é administrar e executar planos de benefícios de natureza previdenciária exclusivamente aos empregados de seu patrocinador (por isso, são “fechadas”).

Esses empregados se associam a uma entidade fechada de previdência complementar e ao plano de benefícios por ela administrado, por meio de um ato de vontade (facultatividade), com o objetivo de acumularem recursos, que serão percebidos na forma de benefícios previdenciários quando passarem para a inatividade.

Essa acumulação de recursos ou constituição de reservas ocorre obrigatoriamente em regime financeiro de capitalização das contribuições individuais e patronais, estabelecido pela Lei Complementar nº 109/2001 (art. 18, §1º), na medida em que a previdência complementar paga benefícios na forma de prestações programadas e continuadas. A aposentadoria por tempo de serviço é um exemplo desse tipo de benefício.

Ao analisar as particularidades da relação previdenciária complementar, Adacir Reis (2013, p. 15) conclui que existe uma relação condominial *“na qual tanto as reservas garantidoras dos benefícios como as despesas são suportadas por esforço solidário dos participantes e assistidos do plano previdenciário”*.

Esforço solidário esse que revela o caráter mutualista dessa relação jurídica e que se encontra positivado na redação do art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001: “*O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições”.*

Por certo que, sendo de natureza privada e complementar, de filiação voluntária (facultativa), é natural que a Previdência Complementar esteja amparada por normas contratuais (previstas nos Estatutos das entidades fechadas e nos Regulamentos dos planos de benefícios).

O Estatuto dispõe sobre a organização da entidade fechada de previdência complementar e o Regulamento do plano é o contrato civil, ao qual se vinculam os participantes e o patrocinador.

Apesar da natureza contratual, a vontade das partes não é absoluta nesse tipo de relação jurídica, na medida em que os contratos previdenciários estão sujeitos a um rígido controle estatal (art. 74 da Lei Complementar nº 109/2001), dependendo, para vigerem, da prévia e expressa aprovação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC (art. 33 da Lei Complementar nº 109/2001).

Diante de todas as características aqui apresentadas brevemente, é correto afirmar que as entidades fechadas de previdência complementar "nada mais são do que a reunião de milhares ou milhões de pequenas poupanças individuais vinculadas ao fim previdenciário" (REIS, 2002), ou seja, destinada à formação do benefício previdenciário a ser percebido no futuro (aposentadoria)

E, por isso, um conflito entre determinado participante e o seu Fundo de Pensão é, na verdade, por força do princípio do mutualismo, um conflito entre esse mesmo participante e todos os outros participantes que fazem parte da referida entidade de previdência complementar fechada, tendo em vista que essa não possui patrimônio próprio, sendo mera gestora dos recursos aportados por aqueles e pelo patrocinador.

3 O princípio da dignidade da pessoa humana: uma porta aberta para o ativismo judicial

A dignidade da pessoa humana, de algumas décadas para cá, veio ganhando especial destaque não apenas no Ordenamento Jurídico nacional, mas também no plano internacional. Em razão disso, encontra-se presente em diversos textos normativos, em especial, nas Constituições e nas Declarações de Direitos[6], bem como em decisões judiciais.

Na Constituição Brasileira encontra-se disciplinada no art. 1º, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

---

[6] Exemplos dos mais relevantes documentos: Carta das Nações Unidas (1945), Constituição da UNESCO (1945); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

Ao se falar da dignidade da pessoa humana, não se pode deixar de mencionar a definição histórica de Immanuel Kant (2004, p. 65):

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Do mesmo modo, a definição de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 62) sobre dignidade da pessoa humana é frequentemente mencionada na doutrina:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A ideia de dignidade traçada por Kant muito tem a ver com o contexto histórico em que inserida, ou seja, dentro de um movimento de racionalização, em que se fazia importante o pensamento de que o homem, por ser pessoa e não coisa, era um fim em si mesmo (“teoria dos fins”).

A segunda definição encontra-se baseada na presunção de que cada ser humano possui um valor intrínseco, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração. Apesar de contemporânea, tal concepção traz consigo certa carga religiosa, na medida em que se assenta na premissa bíblica de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança e, por isso, devemos amar ao nosso próximo como a nós mesmos.

A definição de Sarlet revela, ainda, a noção atual de dignidade da pessoa humana, que foi traçada, especialmente, no pós-guerra, em que se fez necessário proteger o ser humano de situações degradantes e de extrema violência.

No entanto, apesar de tais conceitos parecerem esgotar a ideia do que seja a dignidade da pessoa humana, verifica-se que o referido princípio, dada a sua amplitude, desafia a existência de definições que o contemplem em sua inteireza. Isso porque o seu significado está intrinsecamente ligado a uma diversidade de valores presentes na sociedade, que estão em constante mutação e construção.

Sem dúvida, o conceito da dignidade da pessoa humana envolve uma gama de questões morais que, por serem extremamente subjetivas e alteráveis de acordo com o passar do tempo, não conseguem ser contempladas de forma precisa.

Justamente em virtude dessa vagueza e amplitude, esse princípio, na prática, tem sido utilizado para contemplar as mais diversas situações jurídicas, desde os casos tidos como difíceis, até questões puramente contratuais, que se resolvem perfeitamente na legislação infraconstitucional existente.

Conforme observado por Luís Roberto Barroso (2012, p. 129):

> [...] a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa [...]

Diante dessa realidade, em que a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana tem sido frequentemente empregada em questões jurídicas simples, esse importante postulado, que possui, sim, papel fundamental na resolução de questões moralmente complexas, tem sido banalizado e, nesse contexto, aberto as portas para o ativismo judicial.

A expressão “ativismo judicial”, de forte conotação ideológica, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, é polêmica e divide opiniões. Em sentido geral, deve ser compreendida como uma postura pró-ativa do Poder Judiciário ao interpretar determinado texto legal ou constitucional, levando os julgadores, nos casos concretos, a ultrapassarem os limites estabelecidos nos referidos textos.

Sua origem repousa no Direito americano, “num contexto não-técnico” (BRANCO, 2011, p. 389), em que um jornalista americano, Arthur Schlesinger Jr, no ano de 1947, escreveu uma matéria para uma revista que não era especializada em questões jurídicas (*Fortune*), narrando as posições ideológicas de cada um dos nove Ministros da Suprema Corte America, o que levou à divisão deles em dois grupos – o dos “ativistas judiciais” (*judicial activists*) e o dos que tinham postura de “auto-contenção” (*self-restraint*).

Como se verifica, o termo “ativismo judicial” surge de uma matéria jornalística que, sem dúvida, à época, não tinha a pretensão de discutir profunda e

tecnicamente a questão, mas que acabou por lançar um debate que, na atualidade, é de extrema relevância para os estudos da jurisdição constitucional.

A expressão "ativismo judicial", hoje, é utilizada tanto para designar uma postura positiva por parte do Poder Judiciário (especialmente quando contraposta à ideia de um passivismo judicial), como também uma postura negativa (exorbitância de poderes por parte do Poder Judiciário), a depender, portanto, o seu significado dos interesses de quem realiza essa verificação.

Sendo assim, "... costuma-se usar o termo *ativismo* em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas" (BRANCO, 2011, p. 392). Grifo do Autor.

Importante esclarecer que não se despreza a importância do ativismo judicial em situações em que não exista dispositivo legal ou constitucional disciplinando a matéria posta a julgamento, situação que também configura a existência dos chamados "casos difíceis", tampouco nas situações em que, ante a inevitável adaptação do direito à evolução da sociedade em constante transformação, haja necessidade de se alterar determinada interpretação.

A respeito desse segundo ponto, inclusive, importante citar a posição de Tércio Sampaio (1980, p. 41) acerca das características do direito positivado:

> A principal característica do direito positivado é que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer, institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis. Assim, o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias.

Por esse motivo, não se pode desprezar a necessidade de os Tribunais, em casos concretos, romperem com determinada interpretação adotada por longo período, em razão da evolução da sociedade. Justamente essa evolução é que institucionaliza a necessidade de mudança e adaptação do direito positivo, que se realiza por meio de decisões, essas compreendidas como sendo oriundas não

somente do Poder Judiciário, mas também do Poder Legislativo, como bem observado do no trecho acima transcrito.

Do mesmo modo, nas situações concretas de inexistência de disciplinamento legal ou constitucional regulando determinado tema, ao juiz não é dada outra alternativa a não ser julgar o caso, o que, inclusive, está previsto no nosso Ordenamento Jurídico (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Nessas situações, não se pode negar a existência de certa dose de ativismo judicial, que, por sua vez, deve ser reverenciado, na hipótese em que utilizado com a devida cautela. Isso porque, de acordo com a posição de Tércio Sampaio citada acima, o direito positivado pode ser mudado por decisão, mas esta, por sua vez, para não extrapolar os limites do razoável, deve estar devidamente justificada.

A necessidade de justificação das decisões constitucionais que envolvem uma construção criativa foi abordada por Michel Rosenfeld (2003, p. 45 e 46), ao citar o caso Roe v. Wade, julgado pela Suprema Corte Americana no ano de 1973, e que admitiu, como nunca antes, a existência de um direito constitucional ao aborto. Segundo o referido Autor:

> [...] ao reconhecer pela primeira vez um direito constitucional ao aborto, certamente envolveu construção criativa judicial. Indubitavelmente, nem o texto da Constituição, nem a jurisprudência da Suprema Corte previamente articulada poderiam ser razoavelmente considerados como impositivos ou impeditivos da decisão tomada pela Corte. [...]
> Muito embora Roe seja excepcional, precisamente em razão da magnitude do impacto exercido sobre a identidade nacional norte-americana, todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação.

É exatamente essa a posição que se defende no presente trabalho, ou seja, que o ativismo judicial seja empregado nos casos difíceis, em que nem o texto legal ou constitucional, ou mesmo a jurisprudência pátria, contiverem qualquer disposição a respeito da matéria, sendo necessário, portanto, o uso da criatividade judicial, mas essa realizada de forma responsável e mediante a devida justificação.

Nesse contexto, portanto, e conforme salientado na Introdução, a postura ativista de alguns Tribunais será censurada neste artigo, notadamente nos casos concretos em que, mesmo existindo legislação infraconstitucional e constitucional a

respeito do Regime de Previdência Complementar Brasileiro, dela não fazem uso, invocando, ao contrário de tudo que se encontra positivado no Direito Privado, o princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a quebra do disposto no contrato previdenciário, este fruto da vontade das partes signatárias.

4 A impertinência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a quebra do contrato previdenciário: postura ativista dos Tribunais pátrios

A Previdência Complementar Brasileira ainda é matéria nova para os Tribunais pátrios, uma vez que a legislação que rege tal sistema é muito recente.

Apenas no ano de 1998, com a Emenda Constitucional nº 20, que redefiniu a estrutura previdenciária brasileira, houve a constitucionalização desse Regime. Por sua vez, a Lei Complementar 109, que regulamentou a referida Emenda Constitucional é do ano de 2001 e substituiu a Lei 6.435/1977, que até então disciplinava os Fundos de Pensão, mas que era omissa em relação a vários institutos.

Além do fato de a legislação ser nova, merece relevo também o fato de que, no Brasil, a cultura previdenciária complementar igualmente é recente, o que conduz, geralmente, a uma aproximação equivocada, por parte do Poder Judiciário, da legislação que rege o Regime de Previdência Social (INSS), do qual o Regime de Previdência Privado é independente por força constitucional (art. 202, *caput*).

A confusão que se estabelece no Judiciário entre o Regime de Previdência Social (INSS) e o Regime de Previdência Complementar não se restringe apenas à seara normativa, atingindo também as esferas moral e política.

Isso porque, ao julgar um caso envolvendo a Previdência Complementar, tem sido comum que os julgadores, cientes da realidade social brasileira, em especial dos problemas vividos pela nossa Previdência Pública ao longo dos anos (déficits, lentidão na concessão de benefícios, existência do fator previdenciário, que diminui ainda mais o valor dos benefícios já tidos por insuficientes), tragam tal experiência negativa para as decisões, mesmo sendo tal realidade estranha ao Regime de

Previdência Privada, em flagrante exercício de opções pessoais de cunho moral e político.

A previdência complementar, como o próprio nome sugere, deve ser compreendida como um sistema "complementar" ao Regime Geral de Previdência Social e, também, em razão de recente legislação, ao Regime Próprio de Previdência do Servidor Público no âmbito federal, em que, mediante contribuições e retorno das aplicações (constituição de reservas), objetiva-se garantir o pagamento de benefícios ao participante ou aos seus beneficiários em casos de idade avançada, incapacidade física, doença e morte.

Por isso, os benefícios previdenciários pagos pela previdência privada não têm como função assegurar um mínimo existencial, esse sim de responsabilidade do Poder Público, mas visam permitir que o trabalhador (contratante) possua, na inatividade, padrão de vida próximo ao que usufruía em pleno exercício de sua capacidade laboral.

Sem dúvida que a situação desordenada da Previdência oficial, somada à recente e ainda desconhecida Previdência Privada, contribuem para que o Poder Judiciário não tenha tanta proximidade com o tema e acabe por invocar, em notório ativismo judicial, princípios, regras e fatos que não se aplicam à Previdência Complementar, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, tudo isso na ânsia de fazer valer as garantias previstas na Constituição Federal (moradia, educação, alimentação, saúde) sobre a inércia do Poder Público.

Com o intuito de ilustrar o acima exposto, imperioso transcrever alguns julgados, de diferentes Tribunais brasileiros, em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado como fundamento para a análise de determinada relação jurídica de previdência complementar, desprezando-se, portanto, o disposto no contrato civil-previdenciário, na legislação específica que rege a matéria e na própria Constituição (art. 202).

Importante se faz esclarecer que, nos julgados a seguir analisados, constatam-se que, para a maioria dos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, existiria paridade irrestrita entre ativos e inativos do Regime de Previdência Complementar. Assim, segundo essa concepção equivocada e já

superada pelo STJ em sede de recurso repetitivo[7], qualquer verba recebida pelo ativo deve integrar o benefício previdenciário complementar do inativo, independentemente de previsão no contrato civil-previdenciário e na legislação de regência, ou ainda, de existência do prévio e necessário custeio.

Assim, ao julgar pedido de incorporação da parcela denominada Abono de Dedicação Integral, verba paga somente aos empregados ativos do patrocinador que estejam em exercício de atividade comissionada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao entender equivocadamente que há paridade entre ativos e inativos, determinou que esse Abono fosse incorporado ao benefício previdenciário dos Autores, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana[8]:

> EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Abono de dedicação integral.
> 1. O entendimento jurisprudencial das Câmaras que integram o 3º Grupo Cível deste Tribunal de Justiça é no sentido que o Abono de Dedicação Integral deve ser estendido aos inativos, sendo que a referida vantagem pecuniária, também integra a remuneração do trabalhador, pois pertence ao conjunto de necessidades básicas deste, na forma do art. 457, § 1º da CLT.
> 2. Portanto, o não-pagamento daquele benefício acarreta violação aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, em razão daquele se incorporar a sua remuneração e, por via de conseqüência, integrar a base de cálculo da vantagem previdenciária devida.

Ao se verificar o inteiro teor do referido acórdão dos embargos infringentes, constata-se que nenhuma cláusula do contrato civil-previdenciário (Regulamento do Plano de Benefícios) foi invocada para fundamentar o referido entendimento,

---

[7] REsp 1.207.071/RJ, 2ª Seção, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 27.06.2012 e acórdão publicado em 08.08.2012. O STJ entendeu que: “[...]o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador, destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos...”

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70055086953. Embargante: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Embargado: Ruben Antonio Luchese. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 05 de julho de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70055086953&code=7137&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.%20GRUPO%20CIVEL> Acesso em: 27 de julho de 2013.

tampouco algum dispositivo das Leis Complementares de regência dessa matéria (LC 108 e 109, ambas de 2001 e art. 202 da Constituição Federal). Os únicos fundamentos constantes do acórdão são os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

No caso concreto, a Fundação Banrisul de Seguridade Social, embargante no processo referido, é uma entidade patrocinada por uma empresa pública, no caso o Banco Banrisul, e, portanto, encontra-se regida pela Lei Complementar nº 108/2001.

A referida Lei Complementar, em seu art. 3º, parágrafo único, veda expressamente o repasse de abonos de qualquer natureza aos benefícios previdenciários. Por mais esse motivo, não seria possível a concessão do Abono de Dedicação Integral aos Autores, mas tal ponto também não foi enfrentado no voto vencedor.

A sentença proferida nesses autos foi favorável à entidade de previdência privada, no sentido de negar procedência ao pedido, tendo em vista que não haveria previsão contratual de pagamento da referida verba, além de que, justamente em razão da ausência de previsão contratual, sobre ela, portanto, os Autores não contribuíram previamente. Esse entendimento foi mantido em decisão monocrática proferida em sede de Apelação, mas reformado, por maioria, em Agravo Interno pela Câmara Cível.

O voto vencido que possibilitou a interposição dos infringentes, ao contrário, analisou detidamente o contrato previdenciário e o disposto no art. 202 da Constituição Federal, tendo concluído, então, pela impossibilidade de concessão da referida verba, ante a necessidade do prévio custeio e em atenção ao princípio do equilíbrio atuarial[9]:

> ... o benefício que a fundação ré está pagando corresponde ao que foi contratado. A fundação não “encolheu” o benefício complementar, apenas não pode “aumentar” o que paga, porque não houve arrecadação para suportar a concessão de abono aos inativos, que sobre essa rubrica nunca contribuíram. Se pagar valores para os

---

[9] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048500722. Apelante: Ruben Antonio Luchese. Apelado: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Relator Desembargador Ney Wiedmann Neto. Porto Alegre, 30 de julho de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70048500722&code=4694&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL> Acesso em 27 de julho de 2013.

> quais não houve prévio custeio, ao longo do tempo, isso poderá fazer com que as reservas matemáticas de esgotem para honrar os compromissos contratuais aos participantes.
> [...]
> ... o benefício deve estar incluído previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, para garantir a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, na forma do art. 202 da Constituição Federal.

O trecho do voto vencido do Desembargador Ney Wiedmann Neto deixa claro que a controvérsia foi analisada de acordo com o disposto nos princípios contidos em dispositivo próprio da Constituição Federal (art. 202) e na análise dos termos do contrato civil-previdenciário firmado entre as partes.

Já no voto vencedor, percebe-se a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento decisório, em detrimento do previsto na própria Constituição Federal, que possui dispositivos específicos de regência da relação jurídico-previdenciária privada, em que estão previstos os princípios que devem ser observados ao se analisar essa relação, dentre eles o da constituição de reservas (prévio custeio) e o da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

O não pagamento da verba Abono de Dedicação Integral não contraria o princípio da dignidade da pessoa humana, ao contrário, o seu pagamento consistiria em verdadeiro enriquecimento ilícito, na medida em que sobre a referida verba os Autores não contribuíram previamente, e, portanto, não poderiam recebê-la.

Por esse motivo e uma vez que existem princípios específicos aplicáveis à relação previdenciária complementar constantes na Constituição Federal (prévio custeio e o da necessidade de se manter o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios), eram eles que deveriam ter sido sopesados pelo julgador no caso concreto e não um princípio geral e aberto como o da dignidade da pessoa humana, que serviu apenas como fundamento retórico de opiniões pessoais e políticas.

Como salientado em tópico anterior, pagar um benefício sem que haja a fonte de custeio, ou seja, sem que sobre ele a parte requerente tenha contribuído previamente, acarreta o desequilíbrio do plano de benefícios, que, por sua vez, é uma universalidade de direitos e, diante do princípio do mutualismo, tal fato prejudicará os demais participantes que não ingressaram com esse tipo de demanda

(conflito de interesses entre participantes e os demais participantes e, não, participantes e entidade de previdência complementar)[10].

Por certo que a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana no caso em comento foi inapropriado, em notório ativismo judicial, já que foi aplicado em detrimento do previsto na própria Constituição Federal, como meio de expressar as preferências pessoais do julgador.

Não se está aqui a defender a correção do voto vencido transcrito anteriormente, da lavra do Desembargador Ney Wiedmann, que poderia ter refletido entendimento diametralmente oposto, mas sim que o julgador, ao analisar uma questão jurídica envolvendo a previdência complementar, deve julgar de acordo com a legislação de regência dessa matéria e não se utilizar de princípios abertos e de forte conotação ideológica, como o da dignidade da pessoa humana, notadamente em casos envolvendo Direito Privado, fruto da convenção das partes e que possui princípios específicos que coíbem abusos.

Outro exemplo da utilização inapropriada do princípio da dignidade da pessoa humana na previdência complementar pode ser encontrado nos acórdãos que julgaram a matéria relativa à incorporação do auxílio cesta-alimentação nos benefícios previdenciários pagos por entidades fechadas de previdência complementar.

Até o meio do ano de 2012, quando o STJ pôs fim a essa discussão, por meio do julgamento, pela 2ª Seção, do recurso repetitivo (REsp nº 1.207.071/RJ), de relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, já referido anteriormente, os Tribunais pátrios decidiam, sem qualquer divergência, que a referida verba deveria ser incorporada aos benefícios, em nome da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O auxílio cesta-alimentação é uma verba de natureza indenizatória, por força do disposto em instrumento coletivo de trabalho, cujo pagamento é feito somente aos trabalhadores em atividade. Essa verba não encontra previsão nos contratos previdenciários e, portanto, sobre elas os participantes não contribuíram para formar

---

[10] A propósito ver entrevista de REIS, Adacir. *Por dentro dos Planos: Ações Judiciais.* Revista Petros, n. 7, ano 1, set/out, 2012. pp. 18-19. e em *A diferença da conta*. Revista da Funcef, Brasília, n. 45, junho/2010, pp.7-8

a respectiva fonte de custeio, o que foi observado pelo STJ no julgamento do referido recurso repetitivo.

No entanto, os Tribunais brasileiros entenderam durante muitos anos, sem qualquer análise do disposto na legislação de regência e no contrato civil-previdenciário, que essa verba deveria ser integrada aos benefícios previdenciários em nome do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser ilustrado com esse julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais[11]:

> EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE COBRANÇA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO - CARÁTER REMUNERATÓRIO - EXTENSÃO DOS VALORES AOS INATIVOS.
> - O auxílio alimentação, desde que não seja pago in natura, integra o salário dos funcionários da ativa, devendo ser incorporado aos inativos que recebem aposentadoria complementar, pois evidenciado o caráter remuneratório da parcela, sendo que o não-pagamento acarreta violação aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, previstos constitucionalmente.

Os exemplos da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana nos julgamentos envolvendo a previdência complementar são os mais diversos e podem ser encontrados em rápidas pesquisas nos sítios dos Tribunais pátrios[12]. Na grande maioria dos casos, esse princípio, juntamente com o da isonomia, é o único fundamento invocado para a resolução das controvérsias em total desprezo aos princípios, regras e à própria realidade que envolve a previdência complementar brasileira.

Não se desconhece e nem se retira a importância dos movimentos, como, por exemplo, o do realismo jurídico, que defendem a superação do excessivo formalismo jurídico, que resume a atividade jurisdicional a algo mecânico (mera

---

[11] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0145.09.509560-3/002. Embargante: Alberto Fernandes. Embargado: Bradesco Vida e Previdência. Relator Desembargador Pedro Bernardes. Belo Horizonte, 04 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=19&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=dignidade%20pessoa%20humana%20e%20previd%EAncia%20privada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 28 de julho de 2013.

[12] Outros exemplos: TJSP, Apelação Cível nº 0126353-67.2009.8.26.0100, Relator Desembargador Rebouças de Carvalho, julgado em 05.06.2013; TJCE, Agravo de Instrumento nº. 476-84.2009.8.06.0000/2, Relator Desembargador Francisco Auricélio Pontes, julgado em 09.05.2013;

subsunção dos fatos à lei). De fato, o direito é complexo, envolve uma gama de ambiguidades e contradições, que não podem ser reduzidas à análise pura e simples da letra fria da lei.

Há que se pensar num meio-termo, já que também não se pode admitir que o juiz, a partir unicamente de suas preferências políticas, preconceitos e personalidade, despreze a existência de legislação sobre determinado tema, que é fruto da construção legítima do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, conforme observa Luis Roberto Barroso (2013, p. 432):

> O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador. Por exemplo: o desejo de punir uma determinada conduta não é capaz de superar a ocorrência de prescrição. O ímpeto de conhecer e julgar uma causa não muda a regra sobre legitimação ativa ou sobre prejudicialidade. De modo que o sentimento pessoal de cumprir o próprio dever e a força vinculante do direito são elementos decisivos na atuação judicial. Mas há que se reconhecer que não são únicos.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser invocado se o Ordenamento Jurídico Pátrio dispuser de regras objetivamente claras sobre determinada matéria, como ocorre na Previdência Complementar Brasileira.

Conclusão

A utilização em larga escala do princípio da dignidade da pessoa humana em julgamentos que envolvem as mais diversas matérias tem contribuído para a sua banalização.

Princípio de extrema importância para coibir situações de completa degradação do ser humano e de forte conteúdo axiológico, tem servido de espelho a refletir posições pessoais de cunho moral e político dos julgadores e, nessa medida, aberto as portas para o ativismo judicial em sua forma danosa.

A invocação inadequada do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente em casos envolvendo a Previdência Complementar Brasileira, atinente ao Direito Privado e, portanto, à vontade das partes, tem esvaziado o seu significado, ao mesmo tempo em que permite o ativismo judicial, este compreendido em sua acepção negativa, em que o Poder Judiciário extrapola os limites de sua

atividade jurisdicional, afastando, sem qualquer justificativa, a aplicação da legislação pertinente e julgando as controvérsias de acordo com opções morais e políticas, não jurídicas.

Nos julgados analisados nesse artigo, verifica-se a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento central na análise das controvérsias envolvendo a previdência complementar, sem qualquer exame da legislação especial e das pactuações disciplinadoras desse Regime.

Uma das razões que explicam a utilização equivocada do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos que envolvem a Previdência Complementar se deve ao fato de que a cultura previdenciária privada no Brasil ainda é muito nova, sendo, portanto, pouco conhecida do Poder Judiciário, o que tem levado os julgadores a confundi-la com o Regime de Previdência Social (INSS), do qual é independente e autônoma.

A referida confusão não se dá apenas no campo normativo, mas também no campo político, na medida em que os problemas atravessados pelo INSS são de conhecimento público, o que faz com que essa realidade seja transportada pelos julgadores equivocadamente para a Previdência Complementar, fato que contribuiu para que as decisões judiciais reflitam o objetivo deles de garantir o chamado mínimo existencial, esse de responsabilidade do poder público.

A previdência complementar, sem dúvida, se soma à Previdência oficial, numa relação de complementaridade, com o intuito de garantir aos trabalhadores (contratantes) que eles tenham, na inatividade, padrões de vida próximos aos que usufruíam quando ainda estavam em pleno exercício de suas capacidades laborais.

No entanto, caso as regras e princípios próprios a esse Regime sejam desprezados em reverência às opções pessoais e políticas de alguns julgadores, o Regime de Previdência Complementar não se sustentará.

Isso porque, ao conceder determinado benefício sem que para ele o requerente tenha contribuído previamente, em atenção ao que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, longe de fazer “justiça”, acabará por inviabilizar o sistema financeira e atuarialmente, e repercutirá não apenas para os que ajuizaram

a ação, mas para todo o conjunto de participantes da entidade demandada, ante a característica mutualista da previdência complementar.

As decisões analisadas neste artigo refletiram posições ativistas dos Tribunais pátrios, que devem ser rechaçadas, já que empregadas não em casos difíceis, mas em situações em que havia legislação objetivamente clara disciplinando a matéria posta a julgamento (previdência complementar), sendo, portanto, desnecessário o uso de um princípio tão aberto e carregado de concepções valorativas como o da dignidade da pessoa humana.

Referências bibliográficas

AVENA, Lygia. “Aspectos legais sobre a estruturação e o funcionamento dos Fundos de Pensão e a responsabilidade dos seus dirigentes”, *In:* Introdução à previdência complementar (coordenador editorial Wagner de Góes). – São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005, p. 171-192.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Separata* da Revista dos Tribunais, n. 101, vol. 919, p.127-129, maio de 2012.

______________________. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 432.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial”. *In:* Andre Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (orgs.), *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm: 2011, p. 387- 401.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

______. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

______. Lei 6.435, de 15 de julho de 1977. Dispõe sobre as entidades de previdência privada. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm>. Acesso em 15 de julho de 2013.

______. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp108.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

______. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em 15 de julho de 2013.

_______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.207.071/RJ. Recorrente: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Recorrido: Gilberto Pires Franco. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 27 de junho de 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001430498&dt_publicacao=08/08/2012>. Acesso em: 27 de julho de 2013.

_______.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70055086953. Embargante: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Embargado: Ruben Antonio Luchese. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 05 de julho de 2013. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70055086953&code=7137&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.%20GRUPO%20CIVEL> Acesso em: 27 de julho de 2013.

_______. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048500722. Apelante: Ruben Antonio Luchese. Apelado: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Relator Desembargador Ney Wiedmann Neto. Porto Alegre, 30 de julho de 2012. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70048500722&code=4694&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=

TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL> Acesso em 27 de julho de 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0145.09.509560-3/002. Embargante: Alberto Fernandes. Embargado: Bradesco Vida e Previdência. Relator Desembargador Pedro Bernardes. Belo Horizonte, 04 de outubro de 2011. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=19&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=dignidade%20pessoa%20humana%20e%20previd%EAncia%20privada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 28 de julho de 2013.

______. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0126353-67.2009.8.26.0100. Apelante: José Roberto Marconi. Apelado: Fundação CESP. Relator Desembargador Rebouças de Carvalho. São Paulo, 05 de junho de 2013. Disponível em:

<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6777170&vlCaptcha=pmyec> Acesso em 27 de julho de 2013.

______. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento nº. 476-84.2009.8.06.0000/2. Agravante: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste. Agravado: Ângela Maria Rodrigues Lopes de Aguiar. Relator Desembargador Francisco Auricélio Pontes, Fortaleza, 09 de maio de 2013.

<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1477952 > Acesso em 27 de julho de 2013.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. A ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 1980.

KANT, Immanuel – Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

REIS, Adacir. As entidades fechadas de previdência complementar e a súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça *In:* Adacir Reis *et al*, (org.). *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência complementar*. São Paulo: ABRAPP, 2013. p. 9-27.

__________. Temas centrais da nova legislação. *In:* Adacir Reis (org.). *Fundos de Pensão em Debate.* Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

__________. Por dentro dos Planos: Ações Judiciais. Revista Petros, Rio de Janeiro, ano 1, n. 7, set/out, 2012, pp. 18-19.

__________. A diferença da conta. Revista da Funcef, Brasília, n. 45, junho/2010, pp. 7-8.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPÍTULO 2

O DIREITO À INFORMAÇÃO A CANDIDATOS EM CERTAMES PÚBLICOS E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA GARANTIA PELO STF ANTES DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

João Francisco da Mota Junior[13]
DOI 10.11117/9788565604233.02

RESUMO : Pretende este artigo analisar o Recurso Extraordinário nº 265261/PR à luz do ativismo judicial, anterior à Lei de Acesso à Informação, como garantia ao direito à informação a candidato de certame público, independentemente de lei regulamentadora específica sobre o tema. Entendido o fenômeno do “ativismo judicial”, como atuação positiva ou ativa do julgador, desenvolvem-se critérios mais didáticos e objetivos que buscam identificá-lo, ante a dificuldade em encontrar uma definição ou critérios consensuais sobre a matéria. As caracteristicas defendidas por Bradley C. Canon e Arthur Schlesinger do *judicial ativism* aliadas às peculiaridades do sistema constitucional-político brasileiro serviram de base para a construção metodológica exposta nesse trabalho.

Palavra-chave: Direito à Informação. Concursos públicos. Ativismo Judicial. Critérios identificadores.

ABSTRATC : This article aims to analyze the Extraordinary Appeal No. 265261/PR the light of judicial activism, before the Law on Access to Information, as a guarantee of the right to information of the candidate event public, regardless of specific regulatory law on the subject. Understood the phenomenon of "judicial activism" as positive or active role of the judge, develop more educational criteria and objectives that seek to identify it, compared to the difficulty in finding a definition or criterions agreed on the matter. The characteristics advocated by Bradley C. Canon and Arthur

---

[13] O autor é Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasilense de Direito Público – IDP. Professor da Unieuro (Brasília-DF). Graduado em Direito e Especialista em Processo Civil e Penal-UFBA, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas - UCSal/EMAB e Especialista em Direito Empresarial – UCAM/Instituto A Vez do Mestre. Analista de Finanças e Controle - Controladoria-Geral da União, requisitado à Presidência da República onde exerce o cargo de Assessor.

Schlesinger's judicial ativism allied to the peculiarities of the Brazilian political- constitutional system as the basis for the construction methodology presented in this work.

Keyword: Right to Information. Public concourse. Judicial Activism. Identifying criterions.

INTRODUÇÃO

O Direito à Informação previsto no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal é uma garantia fundamental e intrínseca aos Estados Democráticos, encontrando-se ainda reconhecido em diversos tratados internacionais.

Trata-se de norma de eficácia limitada, uma vez necessitar de ação do legislador para que possa alcançar os seus reais e finalísticos efeitos, ainda de questionável aplicabilidade direta e imediata.

Somente com a Lei de Acesso à Informação (LAI), Lei nº 12.527/2011, que o direito à informação veio a ser efetivamente regulamentado, em que pese reconhecer alguns pontuais normativos que asseguravam ao cidadão e disciplinavam determinados acessos a informações públicas e privadas.

Assim, este artigo pretende fazer uma análise do Recurso Extraordinário nº 265261 do STF e indagar se este julgamento, anterior à LAI, se caracteriza como fenômeno do ativismo judicial.

De plano, o significado de "ativismo judicial" para este autor consiste na atuação positiva e ativa do juiz, em concretizar direitos fundamentais ou políticas públicas, em face de omissão ou deficiência legislativa ou público-administrativa.

Na tentativa de encontrar uma solução para a problemática ora referida, propõe-se critérios objetivos e mais didáticos, com base, sobretudo, nas ideias desenvolvidas por Bradley C. Canon e Arthur Schlesinger, mas sempre se atentando ao sistema constitucional-político brasileiro, com todas suas peculiaridades.

A propositura desses critérios está baseada em algumas características ou critérios já defendidos por alguns estudiosos, nesse particular, não há qualquer

pretensão de esgotar o tema, não apenas por sua complexidade como também pelo caráter mutável, temporal e provisório que denota o ativismo judicial.

2 O DIREITO À INFORMAÇÃO

2.1 Direito à informação com o direito fundamental

Conforme o art. 5º, XXXIII da CF, o Direito à Informação é uma garantia fundamental, como já previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XIX), bem como em tratados e convenções internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19, ONU-1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 13, OEA-1969), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 9, OUA-1981) e Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (art. 10, 1950).

Em época mais remota, a Lei de Liberdade de Imprensa (*Freedom of the Press Act*) suíça, de 1766 é tida como a primeira lei que tem um capítulo específico sobre a natureza pública dos documentos oficiais, prevendo que todo indivíduo tem o direito de acessá-los, salvo aqueles classificados como secretos, ainda que haja alguns registros antecedentes como na China, onde a tradição humanista já exigia que os governantes prestassem “contas” de suas ações.

No ano de 1888 surgiu a Lei de Acesso à Informação Pública na Colômbia, para em 1951 advir na Finlândia e em 1966 nos Estados Unidos. No restante do mundo, na maioria maciça, o direito à informação veio a ser regulamentado por leis específicas nas décadas de 1990 e 2000.

Agregando ao Sistema de Proteção dos Direitos Universais, cita-se ainda a Declaração Conjunta Anual dos Relatores da ONU, OEA e OSCE para a Liberdade de Expressão, a Declaração Inter-Americana de Princípios para a Liberdade de Expressão (2000), a Convenção de Aarhus (2001), a Declaração de Princípio para a Liberdade de Expressão na África (2002), e a decisão da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos no caso Claude Reyes, (2006), sobre a importância desse direito universal e inconteste.

Em 2008, o direito à informação vem novamente a ser reconhecido como direito fundamental, quando a Declaração de Atlanta - produzida durante a conferência internacional no Carter Center, em Atlanta, na Geórgia (EUA), de 27 a 29 de fevereiro de 2008 – sustentou veemente que o acesso a informações tem *status* idêntico ao de outros direitos humanos. Indo além, a Declaração de Atlanta demonstra que o direito de acesso a informações “aumenta as noções de cidadania, de boa governança, a eficiência da administração pública, a fiscalização e o combate à corrupção, o desenvolvimento humano, a inclusão social e o êxito de outros direitos socioeconomicos, civis e políticos” (CANELA e NASCIMENTO, 2009, p. 28).

[1] Em abril de 2012, houve em Brasília a 1ª Conferência de Alto Nível Parceria para Governo Aberto (OGP). O evento marcou a adesão formal de 42 novos países à OGP – com a participação do Brasil desde 2011 -, e proporciona a oportunidade de debater e trocar experiências sobre as melhores práticas em abertura de informações para a sociedade, em transparência nas ações do governo e sobre os novos caminhos para a governança pública no século XXI. O *Open Government Partnership* (OGP) ou Parceria para Governo Aberto trata-se de uma iniciativa internacional visando assegurar que os países parceiros prestem compromissos concretos para promoção da transparência, luta contra a corrupção, participação social e de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias, efetivando a *accountibility*.

Num sistema participativo, o direito à informação é corolário para o exercício pleno da democracia, de modo que as informações sejam em regra públicas, em face do interesse coletivo. Torna-se, portanto, um direito individual e coletivo e um dever do Estado de prestá-lo e garanti-lo.

De fato, para o Supremo Tribunal Federal - STF:

> princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88). (ADPF 130 MC/DF, Tribunal Pleno, j. 27/02/2008)

A Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, da ONU de 1998, proclama em seu art. 6º:

> Todos têm o direito, individualmente e em associação com outros:
> a) De conhecer, procurar, obter, receber e guardar informação sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, nomeadamente através do acesso à informação sobre a forma como os sistemas internos nos domínios legislativo, judicial ou administrativo tornam efetivos esses direitos e liberdades;
> b) Em conformidade com os instrumentos internacionais de direitos humanos e outros instrumentos internacionais aplicáveis, de publicitar, comunicar ou divulgar livremente junto de terceiros opiniões, informação e conhecimentos sobre todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

O direito à informação, portanto, está atrelado diretamente ao exercício da cidadania participativa, como corolário do Estado Democrático de Direito.

Este direito situa-se no plano dos novos direitos fundamentais do cidadão, compreendido direito da quarta geração[14] como ensina o Paulo Bonavides (2001, p. 74-78) ao situar o direito à democracia – ao lado do direito à informação e do direito ao pluralismo.

Destarte, não se olvida que conhecimento e poder sempre estiveram entrelaçados nas mais diversas sociedades e em diferentes épocas. Tal relação já tinha sido observada em filósofos e escritores, destacando Thomas Hobbes em seu Leviatã e Francis Bacon em *Meditationes Sacræ - De Hæresibus*.

No mundo atual, as novas tecnologias e o infinito conhecimento proveniente da *internet* faz com que o direito à informação tome um lugar de relevância e destaque no conjunto dos direitos humanos.

"Neste caso, como vivemos na Era da Informação3, o conhecimento é poder."[15] (PINHEIRO, 2003).

---

[14] Alguns autores defendem haver esta quarta geração de direitos, em especial Bobbio, mas para este esta geração estaria relacionada à "engenharia genética". (In BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6). Há ainda a defesa de uma quinta geração, como defendido pelo próprio BONAVIDES, sendo então o "direito à paz".

[15] A terminologia "Era da Informação" foi utilizada por Peter Burker (*in* **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003), e hoje também

Para George Marmelstein (2008, p. 113):

> O acesso à informação, enquanto direito fundamental, certamente ganhou uma nova conotação e cresceu substancialmente de importância após o surgimento da internet. De fato, nesta 'Era da Informação', onde o 'conhecimento é poder' e 'o que não está no google não está no mundo', o simples acesso à 'informação' já seja talvez um direito tão essencial quanto a própria liberdade de expressão. 6

Ressalta-se que o direito à livre manifestação de pensamento não deve ser confundido com o direito à informação, pois neste, diferentemente daquele, sempre se pressupõe um dado autêntico e verdadeiro.

Por fim, se houver conflito quanto à informação pública ou coletiva e o direito à informação individual ou privada, protegida pela CF (art. 5º, X), o interesse da coletividade fica limitado à proteção do indivíduo, como pessoa humana e sujeito de direitos indisponíveis.

Neste conflito entre o privado e o público, a LAI exerce um importante papel de mediação e descrição de princípios, para uma harmonioso e perfeita convivência entre a liberdade de expressão e de imprensa.

2.2 A nova Lei de Acesso à Informação

A Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011 - regulamentou o direito à informação previsto no art. 5º, XXXIII, além dos arts. 37, § 3º e 216, § 2º, todos da Constituição Federal. No âmbito federal, encontra-se ainda regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, enquanto cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em legislação própria, definir regras específicas (art. 45, LAI).

Se o Brasil já possui uma legislação moderna sobre o tema - apesar de leis similares existirem em mais de 85 países, como na Suécia desde 1766, pelo *Freedom of the Pres Act* e previsto da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 -, o desafio agora é fazer cumprir o novel normativo e sua

---

é reconhecida por muitos doutrinadores, como o filósofo Joaquín Herrera Flores (*in* **La Reinvención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008, p. 128

implementação efetiva. Outrossim, se a demora brasileira em editar a nova lei deve ser entendida como ponto negativo, por outro lado, foram analisadas diversas normas e orientações alienígenas sobre o tema, como a base obtida pelo *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation* e A *Model Freedom of Information Law* (ARTIGO 19, 1999).

A LAI é de âmbito nacional, em que pese alguns dos seus dispositivos valerem somente para a esfera federal, apresentando diretrizes para todos os entes federativos. Ao estabelecer que o acesso à informação publica é regra, reforça a exceção do sigilo, como as informações de caráter pessoal ou de segurança do Estado.

Resumidamente, a LAI pode ser estruturada em 03 grandes pilares:

A) Acesso à informação: direito fundamental e dever do Estado, com suas exceções;

B) Procedimentos de transparência e divulgação; e

C) Responsabilidades e proteções.

Restringindo-se este trabalho no que toca à ideia da garantia fundamental, saliente-se que o acesso à informação também está baseado nos princípios da transparência e da publicidade, de modo a facilitar este acesso e tratamento mais público das informações e documentos.

Como legitimado ativo para obtenção da informação encontra-se o “interessado” (art. 10, LAI), interpretado como qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou não, e de independentemente de capacidade civil, que queira exercer seu direito seu direito fundamental seja por interesse particular, coletivo ou geral. Nos conceitos da Teoria Geral do Processo, e excetuados os dados pessoais, nada impede que esta legitimação possa se dá de forma individual ou coletiva, ordinária ou extraordinária, sucessiva ou substitutiva.

Quando a LAI se refere a "cidadão" (art. 9º, I) deve ser interpretado o conceito de forma mais abrangente que a definição clássica/doutrinaria, considerado estritamente como aquele que pode votar e ser votado[16]. Cidadão, assim, seria toda

---

[16] Definição com base no art. 1º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65).

pessoa que queira exercer seus direitos à informação, o que inclui o candidato a certames públicos.

De extrema relevância é a disposição legal de que o pedido não precisa ser motivado ou justificado pelo solicitante, sendo ainda gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados. Mesmo assim, nestes casos, a Lei nº 7.115/83 pode ser suscitada, considerando ser pessoa de parcos recursos.

Na legitimação passiva, a imperatividade da lei também é bastante ampla. Obrigam-se ao seu cumprimento todos os entes federativos (União, Estados e DF e Municípios), dos 3 Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e das 3 esferas (federal, estadual e municipal). Portanto, toda a Administração publica direta e indireta (art. 1º), incluindo as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Publico. Também estão obrigados ao novel normativo o Ministério Publico e os Tribunais de Contas.

Adentrando ainda na seara privada, restaram abrangidas as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres (art. 2º, LAI). Ou seja, o Terceiro Setor que esteja de alguma maneira vinculado ao Poder Público ou aos seus recursos.

Em sendo a divulgação e a publicidade deveres do Estado, com base na própria CF, a LAI trouxe apenas 2 exceções à regra de acesso: dados pessoais e informações classificadas como sigilosas por serem imprescindíveis à segurança do Estado ou da sociedade, hipóteses estas taxativas.

Quanto às informações pessoais, possuem acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de 100 anos, a contar de sua data de publicação. Nos termos da lei, consideram-se informações pessoais aquelas relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, que dizem respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem, bem como às suas liberdades e garantias individuais (art. 31). Tal conceito este que se aproxima da proteção do Código Civil/2002, em seus artigos 20 e 21.

A lei fixa um procedimento a ser adotado pelos órgãos públicos, com ritos e prazos de atendimento. Haja vista a exceção do sigilo, restou previsto um amplo sistema recursal que garante ao interessado direito de recurso à negativa de informação ou, por meio de pedido de desclassificação destes documentos às autoridades responsáveis. A recusa pode ser feita de forma parcial ou total quanto ao grau de classificação sigilosa ou de caráter pessoal, e por lógica, a inexistência de informação. Todavia, a recusa deve ser sempre fundamentada, conhecendo o requerente o inteiro teor desta decisão negativa.

Mesmo antes da existência desta lei, o STF já havia julgando no sentido de que “a publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público” (RMS 23036 / RJ, 2ª T., j. 28/03/2006).

No tocante à responsabilização, a LAI optou por estabelecer sanções administrativas (art. 33), sem trazer alterações ou criação de tipos penais específicos para o tema, em face de legislação já existente. A responsabilidade e suas sanções restaram divididas em razão dos sujeitos ativos da conduta omissiva ou comissiva: agentes públicos (e militares) e agentes não-públicos (pessoas físicas que estejam abrangidas na condição de legitimados passivos anteriormente referidos).

Para os agentes públicos fixou-se um rol amplo de condutas ilícitas, resumidas em atos de recusa e ocultação, utilização e divulgação indevidas e destruição e subtração de informações e documentos que deva ou tenha a guarda ou proteção (art. 32, LAI).

3 O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Ativismo judicial como garantia

A Separação de Poderes, preconizada por Montesquieu, tem ápice com a Revolução Americana e a Constituição dos Estados Unidos de 1787, e a partir de então a ideia de “independência harmônica” e de *checks and balances* vêm ganhando novos contornos contemporâneos.

Numa nova ordem mundial, pós-Segunda Guerra, no surgimento de movimentos como o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, o ativismo judicial aparece como fenômeno questionador sobre a relação entre esses Poderes constituídos, considerando não mais atenderem, a contento, uma sociedade cada vez mais pujante, plural, informada e exigente.

Do movimento de independência e constitucionalismo norte-americano, em um pouco menos de duzentos anos os Estados Unidos novamente é palco de uma das mais importantes mudanças referentes ao sistema político-legal.

A realização pela efetividade de um Estado Democrático de Direito, por meio de limitações de poder e garantias de direitos fundamentais, põe em discussão – e no centro – o papel do juiz em sua neutralidade, passividade ou atividade nesse sistema.

A pluralidade brasileira, em seus vários sentidos, com contrastes sociais, culturais e econômicos, convivem com seus diversos sistemas e subsistemas, contigências e expectativas na melhor visão luhmanniana (LUHMANN, 1983).

Numa atuação insignificativa dos Poderes Representativos, o Poder Judiciário surge como um instrumento de solução para as exigências da sociedade plural, e entender essa nova função do juiz é tão emblemática e difícil quanto à conceituação de ativismo judicial.

Atribui-se ao jornalista e historiador americano Arthur Schlesinger o termo *judicial ativism*, quando em 1947, em um ensaio publicado na revista Fortune, analisou – e “classificou” - o trabalho dos nove membros da Suprema Corte dos EUA, nas categorias: *Judicial Activists (*juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge*); Judicial Self-Restrained (*juízes Frankfurter, Jackson e Burton*); and those falling in the middle* (em posição intermediária, o juiz Reed e o Chefe de Justiça Vinson) (*apud* DEAN, 2009).

Segundo ainda este trabalho, Schlesinger apontou que o termo "ativismo judicial" foi repetidamente utilizado para identificar as posições dos tribunais e magistrados quando: a) invalidou uma ação constitucional controversa de outro ramo da jurisdição (*invalidated an arguably constitutional action by another branch*); b) não aderiu ao precedente (vertical) (*failed to adhere to precedent vertical)*; c) exerceram

os juízes uma função legislativa (*legislated from the bench*), d) abandonou uma tradição de interpretação previamente aceita (*departed from accepted interpretive mythology*); ou e) envolvidos em julgamentos orientados a um fim (*engaged in result-oriented judging*).

Em época mais recentemente, Bradley C. Canon estabelece outros critérios caracterizadores do ativismo judicial, e mesmo didático, “são inaplicáveis e se mostram em completo despropósito em relação ao direito constitucional brasileiro” (LEAL, 2008, 11 p. 23). Segundo ainda LEAL (2008, p. 23), Canon apresenta seis dimensões deste ativismo, a saber:

> 1) Majoritarismo: as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2) Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3) Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; 4) Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático. 5) Regra Específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; 6) Disponibilidade de um Poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.

Percebe-se que as terminologias utilizadas por Schlesinger e Canon são imprecisas e vagas, e se analisadas de forma isoladas, se averigua um caráter “neutro”, já que não se pode aferir se tratam de aspectos positivos ou negativos.

A imprecisão de termos e conceitos de *judicial ativism* leva a uma conclusão, quase unânime na doutrina, em não haver um consenso sobre tal fenômeno e definição.

A indeterminação de critério caracterizadores de ativismo judicial e a inexistência de deste certo consenso ou pontos convergentes, desde o seu nascedouro, possibilitaram que surgissem dois sentidos dessa conduta judicial, um positivo e outro negativo, aliado com os diversos posicionamentos judiciais adotados ao longo das últimas sete décadas, sobretudo, em muitos sistemas constitucionais.

O sentido positivo relaciona-se a uma atividade proativa, onde o juiz protege os direitos fundamentais, em face de uma supremacia constitucional.

O sentido negativo se refere a uma atividade atípica judicial que extrapola funções constitucionais, por meio de interferências em outros Poderes, e, conseqüentemente, passa a ter uma conotação pejorativa e depreciativa do fenômeno.

3.2 Critérios identificadores

Ao ratificar a pretensão deste artigo em analisar um caso concreto à luz da propositura de critérios para caracterização de ativismo judicial, identificam-se critérios objetivos a partir de estudos empíricos baseados em dimensões ou características pretendidas em defini-lo.

Outrossim, reconhece-se tratar de estudos preliminares, passíveis de alterações e aperfeiçoamento, não apenas pela complexidade do tema, como também pela impossibilidade de se chegar a um consenso.

Topicamente, dividem-se em critérios normativos, valorativos e mutacionais.

Os critérios normativos relacionam-se com a análise do sistema normativo-constitucional, enquanto os critérios valorativos adotam a axiologia como parâmetro, utilizando-se da zetética, e os mutacionais relativo a fatores temporais e mutáveis.

São critérios normativos o positivo, o constitucionalista-democrático e o integrador. São valorativos os critérios garantidor e teleológico; e mutacionais, os critérios provisório e temporal.

Tem-se cada um deles:

1) Critério Positivo – o critério positivo consiste em afirmar uma atitude positiva, proativa do juiz ativista, na linha de argumentação deste artigo.

A atitude positiva opõe-se a uma conduta negativa do Poder Judiciário frente à negação de direitos pelos detentores do poder político.

De uma “retração do Poder Legislativo” ou de “um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil”, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição” (BARROSO, 2009, p. 76).

Também convém reconhecer que a enumeração de muitos princípios, cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e normas programáticas favorecem esta atitude judicial, e permite uma maior amplitude nas “atribuições de um tribunal constitucional”. (VIEIRA, 1994, p. 72).

A exigência de uma conduta proativa, garantidora e provisória do ativismo judicial possibilita que, excepcionalmente, o juiz venha atuar como legislador positivo, “*policymaker”.*

A existência exercício de “funções atípicas” pelos Poderes Constituídos, ganha respaldo constitucional com as suas mais variadas hipóteses, bem como a responsabilidade do Supremo Tribunal Federar ser o “guardião” desse sistema.

Para FERRAZ JR (1994, p. 19):

> A responsabilidade do Juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

Essa nova responsabilidade do juiz determina sua atitude proativa, fazendo com que deixe uma neutralidade e exerça uma atividade positiva, passando de mero expectador para protagonista.

2) Critério Constitucionalista-democrático – só se pode imaginar a existência de um ativismo judicial em estados constitucionais, sob o regime democrático, uma vez que a legitimidade de seus representantes esteja assegurada, bem como a existência de instituições públicas estruturadas e fortes, como suas competências constitucionalizadas e reconhecidas pela sociedade.

A força normativa das Constituições reconhecidas pelas Cortes Constitucionais aliada à ampliação do exercício da cidadania participativa, por meio de seus diversos canais, inserindo no contexto político-judicial os próprios atores e sujeitos de direitos, fortalecem o Estado de Direito e o princípio democrático. Conseqüentemente, legitimam-se essas decisões judiciais.

Nesse sentido, para o atual Ministro Luís Roberto Barroso (2010):

> o fenômeno da judicialização da vida ou das relações sociais é causado por três razões basilares: a) reconhecimento da importância de um poder judiciário mais forte como condição imprescindível à democracia; b) desilusão com a política majoritária, em face da crise de representatividade e eficiência dos parlamentos; c) opção da via judicial pelos atores políticos para a resolução das questões morais.

A titularidade do poder soberano deve estar ciente e reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para a realização da conduta positiva legal ou política.

3) Critério Integrador – a função do juiz ativista é integrativa e não substitutiva.

Tal atividade é complementar ou suplementar à lei e não apenas questão interpretativa, mas sem excluir, contudo, a possibilidade de uma análise semiótica ou hermenêutica.

Neste sentido, já entendeu o STJ que "o ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126)." (AgRg na SLS 1427/CE, DJe 29/02/2012, RSTJ vol. 226 p. 36).

Para Dworkin (1999, p. 271-272), pelo "princípio judiciário de integridade" os juízes são instruídos "a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade".

A conduta ativista, portanto, não é aquela que simplesmente interpreta as normas, mas visa a colmatá-las, por uma questão de omissão, irregularidade ou deficiência legislativa, valorativa ou política.

De igual forma ocorrer com a complementação de uma ação de política pública específica e definida, que não vem a substituir nem ter a pretensão de alterar suas bases e construções finalísticas a elas típicas.

4) Critério Garantidor - A origem formal do constitucionalismo está intimamente ligada à garantia de direitos fundamentais, por meio de limitações do poder estatal e previsão expressa de tais direitos, como se verifica nas Constituições Norte-Americana (1787) e Francesa (1791).

Após a Segunda Guerra Mundial, o neoconstitucionalismo fica mais presente em diferentes aspectos nas teorias pós-positivistas de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, dentre outros. Com o neoconstitucionalismo, reforça-se a positivação e concretização dos direitos fundamentais, com a prevalência de princípios sobre regras. Ao defender ainda a onipresença e a normatividade da Constituição, o juiz ganha papel fundamental como agente garantidor de direitos.

Numa busca por uma justiça distributiva e equânime, o direito reaproxima-se da moral, em decorrência de uma pluralidade de valores e complexidades sociais.

As Cortes Constitucionais passam a simbolizar uma cultura de proteção de direitos humanos, como se verificou em muitos países europeus pós-guerra (COMELLA, 2004).

Neste contexto, não deve existir ativismo judicial para questões inter e intrainstitucionais, quando não envolver direitos fundamentais em jogo, ou mesmo o simples fato de existir omissão ou deficiência legislativa.

Questões e questiúnculas de cada Poder e entre Poderes não justifica uma atitude ativista do juiz, por dar primazia e concretude ao princípio da “harmonização dos Poderes”.

O modo, circunstância, lugar e tempo de como irá agir cada Poder, sem se relacionar a direitos fundamentais, afastam o ativismo judicial, por ser este exclusivamente garantidor de direito.

Isto não exclui e nem significa os conflitos que o Poder Judiciário possa resolver por expressas disposições constitucionais.

5) Critério Teleológico – diante do critério teleológico, o juiz ativista deve sempre visar a um resultado específico, a um fim determinado ou se voltar para a busca do fim imanente do direito.

Recorre-se ao recurso zetético, por meio de investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc (FERRAZ JR, 2003).

A complexidade dos sistemas sociais e o resultado esperado pelo acesso ao juiz proporcionam que este caminhe no sentido de um fim. Para FERRAZ JR (1994, p. 19)

> Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como conseqüência do princípio da divisão dos poderes. **A transformação dessas condições**, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, **parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização**, posto que o **juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica**, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de eqüidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, **olhar os fins sociais a que ela se destina**. (FERRAZ JR, 1994, p. 19)

Nesta linha de pensamento, para DWORKIN (1999, p. 273) a conduta do magistrado deve ser provida de “sucesso”, pois “o direito como integridade pede-lhes [*aos juízes*] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”.

Com esse critério, retoma-se uma das dimensões caracterizadoras do ativismo judicial, como defendido por Keenan Kmiec (2004), pelos “julgamentos direcionados pelo resultado”, e sem uma conotação pejorativa.

Na influência do pós-positivismo, relativiza-se o formalismo para dar maior ênfase ao resultado.

6) Critério Provisório – a atividade do juiz dá-se até quando o direito ou a ação da política pública almejado já esteja protegido e/ou assegurado por outras esferas públicas ou instâncias governamentais.

A atuação do juiz “legislador positivo” é provisória e temporária, pois, considerar que seja uma atitude ativista seja definitiva e permanente, seria violar à própria principiologia da separação de poderes e suas respectivas funções.

Neste particular, permite-se a aplicação pelo julgador de conceitos abertos ou indeterminados como “reserva do possível”, “mínimo existencial”, “harmonização de poderes” aliada à proporcionalidade e quiçá a uma discricionariedade.

Significa afirmar que somente haverá ativismo judicial até quando às devidas instâncias competentes não protegerem, por si só, os direitos tidos como violados.

Exemplificando, o advento de uma lei disciplinando matéria de súmula vinculante, seja contrária a ela ou não, indica sua revogação ou cancelamento em face da função típica do Parlamento.

Outro exemplo, a existência de uma saúde pública mais de qualidade e eficiente impediria a atuação do juiz, por se tratar de matéria tipicamente administrativa, dentro de seus aspectos discricionários e oportunos.

Nessa última hipótese caberia, de acordo com a observância dos outros critérios referidos, utilizar uma proporcionalidade (e para outros, discricionariedade) no caso concreto.

Salienta-se que o uso indiscriminado do ativismo judicial pode gerar o que SHAPIRO e SWEET (2002) denominam de “sucesso judicial review”, considerando que os juízes realizam um número relativamente grande de decisões políticas importantes, mas que, todavia, não conseguem ser implementadas em sua integralidade. Retoma-se mais uma, como exemplo, a questão do ativismo judicial da saúde, quando liminares são concedidas para inclusão de um paciente em leito de UTI ou procedimento operatório imediato, mas que não se efetivam pela ausência material ou impossibilidade de atendimento, em razão muitas vezes pelo cumprimento de outras liminares judiciais anteriormente concedidas a outros pacientes. Não exclui ainda as hipóteses que a efetivação de uma liminar judicial na área de saúde pública pode ser a sentença de morte a outro paciente que anteriormente já esperava por aquele leito ou procedimento cirúrgico.

De qualquer modo, a atuação proporcional e livre do magistrado não teria o condão de retirar a característica de provisoriedade de sua conduta ativista, frente a atuação a contento do Poder Público.

7) Critério Temporal – O critério temporal muito se aproxima do critério provisório, mas dele se distingue.

A temporalidade consiste afirmar que atividade ativista do juiz é temporal, mutável e dinâmica, em face do contexto social-político-normativo que apresenta.

Não se trata apenas de “casuísmos” ou “pura discricionariedade” do julgador, mas análise de fatores múltiplos e interdisciplinares, cada vez mais justificáveis numa sociedade dinâmica, informada e tecnológica.

Tal critério pode ser extraído de explicações doutrinárias do ativismo, como se verifica em DWORKIN (2010, p. 215):

> O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (…). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, **revê-los de tempos em tempos** à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (***destacou-se***)

O novo e exigido operador do Direito deve voltar sua atenção para os mesmos fenômenos sociais e a sociedade que o envolve, com todos os seus sistemas e subsistemas. Na decisão judicial não há como individualizar os fatos, inserindo-os de forma vaga e geral. Não é mais possível julgar sem ordenar os fatos sendo necessário captar-Ihes o significado na totalidade de sua projeção temporal.

Se o direito constitucional se baseia numa teoria da moral específica (DWORKIN, 2010), a temporalidade se torna muito mais explícita quando se relaciona ao caráter mutável dos valores e do comportamento humano, e do fenômeno da mutação constitucional.

A título de exemplo, o julgamento do STF quanto às questões envolvendo a união homoafetiva, considera para efeito deste artigo como ativismo judicial, não teria o mesmo significado e legitimidade se fosse realizado logo no início da redemocratização, com a Constituição de 88. A mudança de paradigmas e a alteração do comportamento da sociedade brasileira fazem com que tal decisão seja legitimada, em face de uma aceitação pública majoritária.

Diferenciam-se, assim, o critério provisório do critério temporal, embora ambos contenham o tempo em sua natureza. No primeiro, consiste na atividade judicial temporária até o surgimento da norma ou política governamental que assegure efetivamente o direito, em decorrência da função típica de cada Poder; enquanto que a segunda se relaciona ao caráter dinâmico e mutável da sociedade e dos direitos fundamentais, em determinada sociedade e espaço cronológico-histórico.

Por meio desses critérios, permite-se defender a ideia que o ativismo judicial pode ser identificado tanto no sistema *common law* quanto no sistema *civil law*, tipicamente brasileiro, mas já com alguns matizes do primeiro.

Igualmente, tornam-se prescindível a discussão sobre a existência do ativismo judicial quanto à aplicabilidade das normas. É dizer que, mesmo em algumas normas de eficácia plena, se possibilita a atuação positiva do juiz, quando a efetividade e concretização dessa norma não estiverem sendo cumprida, e não mais para normas de eficácia limitada ou contida.

Com efeito, para José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena "criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis" (2008, p. 264). A exigibilidade da norma de eficácia plena, bem como sua aplicabilidade imediata e completa, diferencia de sua efetivação. A norma pode ser eficaz e independer de regulamentação posterior para a sua aplicação, mas não ser efetiva, por não alcançar seu resultado pretendido. Exemplifica-se o próprio direito à saúde, previsto no caput do art. 5º da CF.

A utilização desses critérios refuta algumas definições de autores mais contemporâneos sobre o ativismo, como o de "abuso do poder não supervisionado que é exercido fora dos limites do papel judicial" de Graig Green (2008, p. 1217), ou o exercício do Poder Judiciário para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, na resolução de conflitos de interesses ou conflitos normativos de Elival da Silva Ramos (2010, p. 129).

De fato, com os critérios referidos não se pode afirmar que a atuação do juiz ativista é "abuso de poder", e nem que todos os conflitos de interesses ou normativos, além da função judicial, adentram na seara judicial-ativista.

Outrossim, tais critérios pretendem reduzir a visão do "decisionismo judicial", permitindo que a argumentação moral do juiz não suplante a moral empírica da sociedade, fazendo com que seja desconstruída a visão de veneração religiosa por parte da população aos juízes, então encarados como "*prophets*" ou "*olympians of the law*" (MAUS, 2010, p.17-18).

Bem sintetiza Rogério Bastos Arantes quando da apresentação da obra de Thamy Pogrebinschi (2011), que buscar demonstrar e argumentar que a "revisão

judicial das leis pode operar no sentido de fortalecer o caráter representativo da democracia e de aperfeiçoar o trabalho do poder legislativo”.

Foge-se, portanto, da posição contramajoritária dos tribunais para possibilitar um atuação prospectiva-constitucional.

4 O ACESSO À INFORMAÇÃO A CANDIDATOS EM CERTAMES PÚBLICOS

4.1 O acesso à informação antes da LAI

Em que pese a existência do *Freedom of the Pres Act* (1766) e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), somente com a Constituição de 1934 houve a previsão para o cidadão ter acesso a informações que a ele se referiam, bem como dos “negócios públicos” (art. 113, 35).

Assim, como as Constituições de 1824 e de 1891, a Constituição de 37 nada dispôs sobre o direito à informação, para somente em 1946, com a redemocratização, novamente surgir o direito – ainda de forma tímida – para conferir a “ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram” (art. 141, § 36, II), e excluindo da terminologia ampla sobre “negócios públicos” da Carta de 34.

As Cartas de 67 e 69 preconizaram o direito do cidadão em obter “prestação de informações independentemente de censura”, “nos termos da lei” (art. 153, § 8º).

Verifica-se desse comparativo histórico-constitucional a necessidade de uma norma regulamentadora quanto ao direito de informação contidas nas Constituições de 34, 46, 67 e 69, e confirmada pelo Constituinte de 88.

Anterior à Constituição vigente, a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65) não trouxe em sua proteção a violação ao direito de acesso à informação; o Código de Processo Civil de 1973 apenas permite a consulta do processo às partes (art. 155, parágrafo único) e o Decreto nº 79.099/77 regulamentou hipóteses de sigilo.

Logo, a garantia direta ou indireta do direito à informação ficou condicionado ao surgimento de normativo que o concretizasse.

Nesse sentido, a Lei nº 12.527/2011 não apenas regulamentou o art. 5º, XXXIII, como também os arts. 37, § 3º e 216, § 2º da Constituição Federal.

Registra-se, portanto, tratar de uma norma de eficácia limitada à medida que depende de complementação e não contém todas as informações necessárias para a sua perfeita compreensão. Segundo o art. 5º da CF:

> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O que abrangem informações de "interesse particular" ou de "interesse coletivo"? O que se devem entender por "órgãos públicos? Quais as hipóteses de sigilo "indispensável à segurança da sociedade e do Estado"?

Então surge a maior indagação. Se as informações serão prestadas nos "nos prazos da lei", sem a existência desse normativo, posso garantir o direito à informação de maneira plena?

Após a Constituição de 88, o Decreto nº 99.347/90 alterou o Decreto nº 79.099/77 que disciplinava assuntos sigilosos. Com a Lei de Arquivos Públicos (Lei nº 8.159/91, arts. 4º, 5º, 22 a 24), o direito e o acesso à informação foram garantidos, mas ainda estabelecia que o acesso e a consulta seriam disciplinados por "lei".

A Lei de Obtenção de Certidões (Lei nº 9.051/95) advém para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, no entanto, tem aplicação restrita.

Outro avanço foi a Lei de Habeas Data (Lei nº 9.507/97), mas que também possui aplicação restrita, relacionado à obtenção de informações personalíssima do impetrante.

A Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2001 e alterada pela Lei Capiberibe) ainda que

importantes normativos, que traduzem o princípio da Publicidade, não asseguravam ou disciplinam o direito à informação de forma ampla[17].

> Não se pode deixar de destacar o Portal de Transferência Publica criado e administrado pela Controladoria-Geral da União no âmbito do Poder Executivo Federal e outros tantos Portais de Transparência, anteriores e posteriores à Lei Complementar nº 131/2009 (Lei Capiberibe).

Posteriormente, em 2005, advém a Lei nº 11.111 que, no entanto, regulamentou apenas a parte final do inciso XXXIII do art. 5º da CF.

Notava-se faltar, assim, uma norma ampla e/ou complementar e integradora de outras normas que disciplinavam o direito à informação.

Há de se ressaltar que a LAI não revoga tais normativos6, mas busca aperfeiçoá-los na garantia ao acesso da informação, disciplinando obrigações, procedimentos, prazos e responsabilização, além de incentivar e fomentar a ideia de "cultura de transparência" ou "cultura de acesso", como defendido pela Controladoria-Geral da União – CGU (2011).

Cidadãos e candidatos a certames públicos continuavam reféns de normas esparsas e limitadoras ao acesso à informações públicas sobre os processo seletivos, independentemente do interesse individual ou coletivo.

Conforme as considerações traçadas sobre a Lei de Acesso à Informação, hoje, os órgãos e entidades promotoras de concursos e processos seletivos na Administração Pública não podem impedir, como regra, o acesso às informações referentes ao certame solicitado pelo candidato relativo à sua pessoa ou ao processo em si.

4.2 Análise do RE nº 265261/PR e uma conduta positiva jurisdicional

Com base nos critérios acima apresentados, busca-se analisar se o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 265261/PR pelo STF, anterior à LAI, se identifica como ativismo judicial.

---

[17] 6 Registra-se ter revogada a Lei nº 11.111/2005 e arts. 23 e 24 da Lei nº 8.159/91 pela nova lei já abranger o tema

Tratou-se de questionamento quanto à anulação de exame psicotécnico em que o candidato foi considerado inapto para o exercício do cargo pretendido e o ato que o eliminou do certame.

Confirmada a sentença do juízo singular pelo Tribunal Federal *a quo*, a União recorre ao STF, sob alegação de se cuidar de exame sigilo e matéria referente ao mérito administrativo, e, portanto, ato discricionário. A recorrente aduziu que se concedesse o acesso ao candidato das informações solicitadas haveria a violação ao próprio inciso XXXIII do art. 5º da CF.

Eis a ementa do julgado:

> Concurso público: exame psicotécnico: inadmissibilidade da oposição do sigilo de seus resultados ao próprio candidato em conseqüência declarado inapto. A oposição ao próprio candidato a concurso público do resultado dos elementos e do resultado do exame psicotécnico em decorrência dos quais foi inabilitado no certame viola, a um só tempo, o "direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular" (CF, art. 5º, XXXIII), como também de submissão ao controle do Judiciário de eventual lesão de direito seu (CF, art. 5º, XXXV): precedente (RE 125556). (STF, Primeira Turma, j. 13/02/2001).

Embora não conhecido o recurso à unanimidade, o relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao acolher precedente daquela Corte quanto ao caráter sigiloso daquele exame psicotécnico, entendeu que o dispositivo constitucional questionado é “categórico” em conceder o direito à informação, e permitir que o interessado requeira a “quaisquer órgãos públicos”, bem como na hipótese não estaria configurada a “imprescindível segurança da sociedade e do Estado”.

O relator também fundamentou sua decisão nos princípios da publicidade e da inafastabilidade de acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV, CF), mas não justificou nem demonstrou a não incidência do caráter sigiloso do exame, como sustentado pela União.

No entanto, ao asseverar que a não obtenção dessas informações privaria o candidato de ingressar e recorrer ao Poder Judiciário, depreende-se que assegurar o direito à informação permite o alcance a outros direitos.

Questiona-se então se essa decisão pode ser identificada como ativista.

Utilizando-se dos critérios aqui defendidos, verifica-se que se tratou de uma atitude proativa (**critério positivo**), pois, na ausência de norma regulamentadora, o

judiciário atuou como legislador positivo, integrando o preceito constitucional (**critério integrador**), por meio da análise de princípios constitucionais (**critério constitucionalista-democrático**).

Em pensamento contrário, o argumento conduziria que o citado julgamento extrapolou seu poder decisório, a ponto de sequer fundamentar sua decisão em normativos infraconstitucionais, além de conotar uma ideia de “discricionariedade” pela deficiência de justificação, neste particular.

Quanto aos demais critérios, o julgado analisado, ao utilizar somente de dispositivos e princípios constitucionais, assegurou efetivamente um direito fundamental (**critério garantidor**), sem regulamentação normativa, atendendo a um fim específico (**critério teleológico**), qual seja a obtenção do resultado do exame que eliminou o candidato do certame.

Em contra-argumento, o judiciário agindo assim teria violado o próprio inciso XXXIII do art. 5º e inciso II do art. 37, todos da CF, quando promove um desequilíbrio perante os demais candidatos, bem como, permitir que pessoas inaptas a cargo exerçam determinadas funções públicas.

Em continuação, pode-se identificar o critério provisório, com o advento da LAI uma década depois do julgamento. Com o novel normativo, a questão estaria pacificada, e de improvável questionamento, em face das disposições definidas da Lei nº 12.527/2011 e seu regulamento. O sigilo é exceção e a regra a publicidade. Por suposto, a obtenção de resultados de certames públicos ao interessado encontra-se distante desse caráter sigiloso. A atitude do STF foi justificada com a ausência ou deficiência dos normativos infraconstitucionais sobre a matéria, de modo que perdeu seu caráter provisório e temporário com a nova regulamentação do dispositivo. Em situação atual, não mais se falaria em “legislador positivo” ou “conduta positiva”, mas sim de cumprimento ou não de lei, bastando utilizar tradicionais métodos interpretativos.

Registram-se, no mesmo sentido, decisões do STJ anteriores à LAI, em permitir ao candidato o acesso à investigação sigilosa sobre sua conduta pessoal e

social, para fins de impugnação.[18] No Tribunal Regional Federal da 2º Região há decisões que, julgam razoáveis, assegurar ao candidato o acesso a informações mais precisas sobre sua reprovação, ainda que o edital fosse peremptório quanto à definitividade da revisão ali prevista[19], ou de avaliações e diagnósticos psicológicos pelo próprio interessado.[20]

Por fim, depreende-se que o posicionamento utilizado pela União em negar ao candidato acesso a informações sobre o certame público que dele participou, à época da negativa, talvez não mais seria este mesmo posicionamento em anos posteriores, mesmo antes da LAI, uma vez que a incorporação de novos mecanismos e parâmetros para a concretização dos princípios da publicidade e transparência (**critério temporal**), com os seus normativos correlatos, bem assim a decisões judiciais sobre o referido exame, culminando a Súmula 686[21] do STF *(*DJ de 9/10/2003) e posterior reconhecimento de repercussão geral (AI 758533 QO-RG/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/06/2010).

Seja da análise do RE 265261/PR seja pela observância da LAI, contempla-se que o sigilo de informações é exceção no estado público e democrático, e, portanto, ao acesso ao candidato em concursos públicos deve ser ampla.

No entanto, fatores outros podem ser acrescidos no mecanismo e na concessão desse acesso, como a fase do certame, a espécie de seleção, o prazo para pedido e resposta ou o tipo e a forma de avaliação, ou ainda, como já julgado pelo STJ a negativa de acesso ao candidato à nota por examinador e matéria em prova oral, conforme disciplinava o edital (STJ, ROMS 27673).

Com efeito, o direito à informação, protegido pela LAI e por habeas data, não é absoluto. Neste sentido, o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/97, reza que não serão consideradas de caráter público as informações que não “possam ser transmitidas a terceiros” ou que “sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.” No entanto, tal dispositivo deve ser hoje interpretado à luz da LAI ao estabelecer que o acesso à informação é regra, reforçando a exceção do

---

[18] STJ, ROMS nºs 13858, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 22/09/2003, p. 385 e 13609, 5ª Turma, Rel Min. Felix Fischer, DJ 28/04/2003, p. 211
[19] TRF2, AMS 64607, 6ªTurma Especializada, DJU 30/10/2007, p. 283.
[20] TRF2, AC 9702407109, 8ªTurma Especializada, DJU 14/03/2006, p. 212.
[21] Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

sigilo, como as informações de caráter pessoal ou de segurança do Estado, em hipóteses taxativas nos seus arts. 23 e 24.

Reitera diferenciar o direito à informação pública ou coletiva e o direito à informação individual ou privada (art. 5º, X, CF). Contudo, a restrição constitucional sobre as informações pessoais não deve ser aplicada à própria pessoa de onde provém a informação.

Se o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais (art. 31. LAI), também não se olvida que não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21), salvo em casos legais de sigilo (art. 22).

Desse modo, as informações de uso privativo do órgão ou entidade promotora do certame, ainda que classificadas com grau de sigilo, não podem ter seu acesso impedido quando se tratar de informações referente ao próprio candidato, como expressamente dispõe a LAI.[22]

Noutro lado, a Lei de Acesso à Informação prevê ainda que documentos parcialmente sigilosos possam ser consultados por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo (art. 7º, § 2º). Além do mais, a restrição de acesso a informações pessoais não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido (art. 7º, § 4º).

CONCLUSÃO

A nova Lei de Acesso à Informação (LAI), ao regulamentar direito constitucional (art. 5º, XXXIII, CF), pretende assegurá-lo, ante a deficiência ou

[22] "As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - **terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo** e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e **à pessoa a que elas se referirem**." (art. 31, §1º).

insuficiência legislativa de normativos infraconstitucionais regentes sobre matéria, sobretudo, pós-Constituição de 88.

Neste particular, da análise do Recurso Extraordinário nº 265261/PR do STF, verificou-se que aquela Corte Suprema preocupou-se em ver assegurado o direito à informação a candidato de certame público, independentemente de lei regulamentadora específica sobre o tema.

Deste julgamento “garantidor” de direitos, indagou-se se o pode caracterizar como um fenômeno do “ativismo judicial”, defendido aqui como atuação positiva do julgador.

Para tanto, a dificuldade em encontrar uma definição ou critérios consensuais sobre o ativismo judicial, desenvolveu-se critérios normativos (constitucionalista-democrático e o integrador), valorativos (garantidor e teleológico), e mutacionais (provisório e temporal), por considerá-los mais didáticos e objetivos.

Estes critérios como identificadores do ativismo judicial podem ser analisados de forma genérica, a qualquer julgamento, sem com isso esgotar a possibilidade de criação de outros critérios ou mesmo o aperfeiçoamento deles, até mesmo pelas complexidade e mutabilidade que o fenômeno representa.

A utilização de caracteristicas defendidas por Bradley C. Canon e Arthur Schlesinger do *judicial ativism* aliadas às peculiaridades do sistema constitucional-político brasileiro serviram de base para a construção metodológica exposta nesse trabalho.

Conclui-se, assim, que o RE ora estudado e anterior à LAI pode ser identificado como um julgamento “ativista” conforme os critérios acima referidos.

O acesso a informações pelos candidatos referentes aos certames públicos nos quais participam, como garantia, deve ser considerado como regra. Por esse motivo, o juiz ao assegurar direitos, ainda que deficiente normatização, o faz em observância aos princípios constitucionais da democracia e publicidade, bem como garantias de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. ***The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation***. Londres: jul. 1999. Disponível em <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf> Acesso em: 12 de abril de 2012.

_________. **A *Model Freedom of Information Law.*** Londres: jul. 1999. Disponível em < http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/modelfoilaw.pdf > Acesso em: 12 de abril de 2012.

_________. COLIVER, Sandra. ***The Right to information necessary for reproductive health and choice under international Law***. Capítulo. *The Riht to Know: Human Rights and Acess To Reproductive Health Information.* Londres: 1995, p. 38 a 82.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo**. Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade).** São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2013.

_______. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 71/91, jan./mar. 2009. Também disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

RASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Consulta*. **Jurisprudência**. Disponível em: <http//:www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 jun. 2013.

________. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. *Pesquisa* (on line) Disponível em: <http//:www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2013.

________. TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL. Jurisprudência. *Pesquisa* (on line). Disponível em: <http//:www.trf2.jus.br>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CANELA, Guilherme e NASCIMENTO, Solano (coord). **Acesso à informação e controle social das políticas públicas**. Brasília, DF : ANDI; Artigo 19, 2009. 28

COMELLA, Victor Ferreres. **The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism.** Texas Law Review. Vol. 82. 2003-2004, pp. 1705/1736. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em: 8 mai. 2013.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Cartilha "Acesso à Informação Pública**". Brasília: 2011. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaAcessoaInformacao/index.asp>. Acesso em: 12 jun. 2013.

DEAN, John W. **What Exactly Is Judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees**. Disponível em: < http://writ.news.findlaw.com/dean/20050617.html>. Acesso em: 7 jul. 2013.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_______. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

_______. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLORES, Joaquín Herrera. **La Reinvención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal, s.l., v. 58, p. 1196- 1263, 2009, p. 1198.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meaning of "judicial activism"**. California Law Review, v. 92, p.1441-1447, out. 2004. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/kmiec /judicial_activism.htm>. Acesso em: 09 jul. 2013.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação para título de mestre. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 29

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHEIRO, Paulo. **Além do Bem e do Mal no mundo virtual**. In Revista Famecos nº 21, agosto 2003. EDIPUCRS.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SHAPIRO, Martin e SWEET, Alec Stone. **The Success of Judicial Review and Democracy**. *In Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Império da Lei ou da Corte?**. Revista da USP, São Paulo, v. 21, 1994.

CAPÍTULO 3

DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NO RECURSO ORDINÁRIO N. 748: UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA DO ATIVISMO JUDICIAL

Everaldo Magalhães Andrade Júnior[23]
DOI 10.11117/9788565604233.03

Resumo: Discute-se critérios que possam ser utilizados para enquadrar uma decisão no termo “ativismo judicial”. A partir de tais critérios faz-se uma análise da decisão do Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Ordinário n. 748, que criou um prazo (decadencial ou de condição da ação) para propositura de representação contra ato desleal praticado por servidor público em benefício de candidato à eleição.
Palavras-chave: Recurso Ordinário 748; critérios; ativismo judicial.

Abstract: It Discusses criteria that can be used for framing a decision at the end "judicial activism". From these criteria there is an analysis of the decision of the Superior Court Elections in Ordinary Appeal no. 748, which created a term (decadencial or condition of action) for commencement of representation against disloyal act practiced by public server in favor of election candidate.
Keywords: Ordinary Appeal 748; criteria; judicial activism.

Introdução

Não é raro encontrar artigos que reputam ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a fama de ser a Corte Jurisdicional brasileira que mais prolata decisões ativistas. A

---

[23] ANDRADE JÚNIOR, Everaldo Magalhães. Mestrando em Direto e Sociedade na área de concentração Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/2013-2015). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela União de Ensino Superior de Diamantino (UNED/2011). Advogado e Assessor Parlamentar no Senado Federal.

grande maioria dessas afirmações, no entanto, não trazem critérios ou parâmetros claros de como se chegou a essa conclusão.

É possível igualmente encontrar diversas pesquisas que divagam sobre o tema ativismo judicial, sem, contudo, definir especificidades para que possa ser identificado em um cenário prático.

Propõe-se, neste trabalho, desenvolver uma aproximação dessas duas abordagens. Pretende-se trazer critérios para identificação de uma decisão ativista e, ao mesmo tempo, analisar uma decisão prática do Tribunal Superior Eleitoral. A presente pesquisa traz uma abordagem pragmática do tema.

Para tanto, aproveita-se dos critérios de identificação de uma decisão ativista elaborados pelo professor Brandley C. Canon para analisar a postura do TSE no julgamento do Recurso Ordinário (RO) n. 748/PA, alterado pela Recurso Especial (Respe) n. 25.935/SC. A decisão criou um prazo processual não previsto na legislação eleitoral.

O objetivo da pesquisa não é opinar sobre a qualidade ou consequência do julgamento para taxá-lo de bom ou ruim, mas uma abordagem que conclua sobre a possibilidade de classificá-lo ou não como ativista.

2 Origem do termo “ativismo judicial”

A primeira aparição do termo ativismo judicial, apesar de sua recorrente utilização no meio jurídico, foi feita em 1947 em uma matéria na revista Fortune[24], entre propagandas de whisky e marcas de perfumes, por um jovem jornalista político, Arthur Schlesinger Jr.

Na oportunidade, Schlesinger utilizou a expressão *judicial activism* em contraste com *self restraint* para elaborar uma análise da postura dos membros da Suprema Corte americana em temas polêmicos, que poderiam, de algum modo, afetar politicamente os Poderes Legislativo e Executivo.

---

[24] SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. Fortune, v. 35, n. 73, jan. 1947.

Para o jornalista, havia na Corte Suprema duas correntes de posicionamento, uma dos juízes ativistas, que se utilizavam do processo como instrumento para conseguir resultados ligados à justiça social, especialmente relacionados a minorias, e outra de juízes que adotavam uma postura de autocontenção, cuja barreira era as limitações processuais e, assim, permitiam às minorias do Poder Legislativo a adoção de políticas sociais voltadas aos desprotegidos.

A diferenciação e rotulação feita por um jornalista que conhecia os bastidores políticos da Suprema Corte americana, a bem da verdade, está entrelaçada com um embate mais difícil e controvertido, que é de fundamental importância para definição do papel a ser exercido pela própria jurisdição constitucional[25], a saber: o embate entre as teses substancialistas e procedimentalistas.

Para os substancialistas, há reforço na relação Constituição-democracia na ênfase colocada pelas teses materiais na regra contramajoritária. Defendem uma maior efetividade da jurisdição constitucional em virtude da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente asseguradas. Caberia aos julgadores concretizar os direitos fundamentais, princípios e garantias diretivas consagrados no texto constitucional.

Enquanto que, para os procedimentalistas, essa ênfase material-substancial enfraqueceria a democracia, pela falta de legitimidade representativa da jurisdição constitucional. Por esta tese, os julgadores devem meramente zelar pelo processo democrático para que este concretize as pretensões da população. Destacam a, cada vez maior, judicialização da política, produzida por defensores mais identificados com a tese substancialista.

Tratam-se, assim, de um embate de acepções envolvendo constitucionalismo e democracia que colocam em análise categorias teóricas defendidas por John Rawls[26] e Ronald Dworkin[27] no lado dos substancialistas em face de teses defendidas por John Hart Ely[28] e Jürgem Habermas[29] pelos procedimentalistas[30].

---

[25] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas coretas em direito. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009, p. 15.

[26] RAWLS, John. Uma teoria de justiça. Tradução de Jussara Limões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

De qualquer modo, restou fixado pelo corajoso jornalista um termo genérico e de conteúdo indefinido, que vem sendo empregado de modo recorrente em diversas obras, jurídicas ou não, e objeto de análise por diversos autores.

3 Critérios para identificação de uma decisão ativista

O professor americano de Ciências Políticas da Universidade do Kentucky, Brandley C. Canon[31], foi quem conseguiu definir critérios precisos para identificar quando uma Corte Judiciária estará agindo dentro do intitulado "ativismo judicial".

Foi fixado pelo autor seis dimensões pelas quais se extrai um comportamento ativista do Poder Judiciário, quais sejam: i) Majoritarismo: as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; ii) Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; iii) Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; iv) Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático; v) Regra Específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; vi) Disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.

A dimensão "majoritarismo" propõe que as decisões da Corte Suprema que negarem a validade de leis aprovadas regularmente pelo processo legislativo, por meio dos representantes do povo, devem ser consideradas ativismo judicial.

---

[27] DWORKIN. Ronald. O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
[28] ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
[29] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre factcidade e validade. Rio de Janeiro: 1997, v. 1.
[30] Cf. LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 121.
[31] CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. Judicature, v. 66, n. 6, dec./jan., 1983.

Esse critério objetivo deve ser analisado com flexibilidade em relação ao nosso modelo Constitucional que impõe, além das exigências formais de regularidade no processo legislativo-democrático, a vedação de disposições que afrontam à Constituição e as cláusulas pétreas. No Brasil, nem sempre a maioria parlamentar na aprovação de um projeto de lei garante a sua constitucionalidade.

No entanto, superada essa flexibilidade, caso a decisão judicial ultrapasse as possibilidades de controle de constitucionalidade versadas no texto da Carta Constitucional e negue a validade de lei democraticamente aprovada, será taxada como ativista por se incluir dentre a dimensão “majoristarimo”.

A segunda dimensão fixada, a “estabilidade interpretativa”, propugna a necessidade de perenidade e integridade na aplicação e interpretação do direito. De fato, é inegável que os precedentes, como fontes mediatas do direito, devem ser respeitados e considerados no momento de sua operação, mormente por decorrência da previsibilidade buscada pela segurança jurídica.

Essa estabilidade, entretanto, não implica em um engessamento jurisdicional ou fossilização da interpretação constitucional[32], mas protege as relações jurídicas de uma modificação abrupta e total da jurisprudência até então predominante no órgão jurisdicional sem que haja uma justificativa e ônus argumentativo maior do julgador.

Pode-se citar como justificações razoáveis para a alteração no entendimento jurisprudencial a modificação do ordenamento jurídico aplicável à espécie, a modificação nos membros da Corte, o transcurso de um marco temporal considerável ou uma alteração social substancial sobre o tema judicializado[33].

Quando desacompanhado de uma justificação razoável, o julgamento que não considera as jurisdições anteriores e adota um posicionamento totalmente diverso rompe com uma interpretação do direito já satisfeita, incidindo-se em ativismo judicial.

---

[32] Termo utilizado pelo Min. Cezar Peluso no julgamento da Recl. N. 2.617/MG.
[33] Nesse sentido LEAL, Saul Tourinho. *Op cit.*

O terceiro critério, intitulado de “fidelidade interpretativa”, taxa de ativista a decisão judicial de dispositivos constitucionais ou legais que fogem à finalidade de seus criadores ou ao sentido da linguagem utilizada.

Essa dimensão deve ser considerada com cautela na realidade brasileira. Nem sempre as leis aprovadas no Congresso Nacional brasileiro são precedidas de fundamentos e justificações que demonstram a intenção do legislador. Muitas vezes as proposições legislativas são aprovadas por meio de acordos de lideranças parlamentares ou confusões em debates que se torna impossível identificar a real finalidade de seus aprovadores.

Da mesma forma, o sentido da linguagem utilizado pelos legisladores será de difícil identificação, considerando termos abertos e imprecisos inseridos em alguns projetos de lei aprovados.

Além disso, limitar a jurisdição aos anseios de legisladores originais pode configurar um impedimento à interpretação judicial de acompanhar a evolução da sociedade, cujas experiências em um mundo complexo e informado tende a quebrar paradigmas e impor novos conceitos continuamente. Esse engessamento inviabilizaria a própria perenidade do texto constitucional.

Uma alternativa, de início de difícil aplicação prática, seria adotar a necessidade da Corte Jurisdicional solicitar ao Congresso Nacional a definição de um sentido para uma determinada expressão linguística inserida no texto legal, sempre que essa expressão seja de relevância para a definição de um caso difícil com repercussão geral reconhecida.

Na dimensão seguinte, a “distinção do processo democrático substantivo”, é fixada como decisão judicial ativista aquela que se insere dentre o contexto de uma regra substancialista, aforando-se da mera preservação do processo político democrático.

Neste critério, Brandley demonstra seu posicionamento procedimentalista, propugnando que o Poder Judiciário não deve implementar ativamente os direitos fundamentais-sociais previstos na Carta Política, mas tão somente resguardar o processo legislativo apto a satisfazê-los.

Apesar da Constituição brasileira ser analítica e diretiva, com extenso rol de “promessas” de políticas públicas, há no Brasil diversos autores que compartilham do posicionamento procedimentalista, tais como: Menelick de Carvalho Neto, Marcelo Cattoni e Gustavo Binnebojn[34]. Mas essa tese possui resistência por diversos outros autores, como Lenio Luiz Streck que expõe sua posição no seguinte modo:

> Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivos no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.[35]

O critério seguinte, chamado de “regra específica”, conduz limitações à discricionariedade judicial, ao estabelecer que se enquadra como ativismo judicial a decisão que estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais.

As decisões enquadradas nessa dimensão são, certamente, a que mais resultam em invasão as atribuições dos demais Poderes. Não se permite ao Poder Judiciário a competência para criação legiferante ou de programas de políticas públicas, mas a interpretação das normas elaboradas pelo Poder Legislativos ou dos atos administrativos emanados do Poder Executivo.

Caso assim atue o órgão julgador estará legislando ou implementando atos administrativos sem representatividade democrática para tanto e, por isso, estará prolatando uma decisão ativista.

O sexto e último critério fixado por Brandley para identificação de uma decisão judicial ativista é a “disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas”. Pretende-se defender, com esta dimensão, a competência de outros Poderes no estabelecimento de questões relevantes em sua atuação, mesmo havendo conflitos de competências internos.

---

[34] STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* p. 28.
[35] STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit*. p. 25.

Por esse critério seria classificado como ativista a decisão que suplantar considerações sérias voltadas a problemas de competência de outros Poderes.

Note-se, assim, que Brandley Canon oferece valiosos instrumentos para definição e identificação de uma decisão ativista. Reforce que o enquadramento da decisão em um ou mais critérios criados pelo autor não a torna uma decisão ruim ou boa, mas ativista.

3 A decisão judicial do Tribunal Superior Eleitoral

A partir dos instrumentos indicados por Canon para identificação de uma decisão ativista, passa-se a análise da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nos autos de Recurso Ordinário (RO) n. 748/PA, posteriormente alterada pela decisão no Recurso Especial (REspe) n. 25.935/SC, que, em questão de ordem, definiu-se um prazo para ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei n. 9.504, de 1997, até então não existente na legislação.

Tratava-se, na espécie, de insurgência do Ministério Público Eleitoral contra decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Pará que, embora tenha reconhecido a realização de publicidade institucional em período vedado pelo governo do Estado do Pará – veiculação de propagandas institucionais de obras estatais durante a realização de torneio esportivo nos três meses que antecedem ao pleito eleitoral – entendeu que somente poderia ser imputada a penalidade de cassação do diploma se houvesse coprovação de que as propagandas beneficiaram o candidato.

Na ocasião do julgamento, após a sustentação oral feita pelo então Vice-Procurador-Geral Eleitoral Roberto Monteiro Gurgel Santos opinando pelo provimento do Recurso Ordinário, o Min. Relator do processo, Luiz Carlos Madeira, suscitou questão de ordem, alegando que fere a boa-fé o retardamento feito pelo Ministério Público Eleitoral na propositura da Representação, cujo protocolo só se deu uma semana após a proclamação do resultado das eleições em segundo turno, no dia 13 de novembro de 2002, quando o ato ilícito foi praticado nos meses de maio e junho do mesmo ano.

Propôs, então, o Relator que fosse definido o prazo para o ajuizamento das representações pertinentes às condutas vedadas a que se refere à Lei nº 9.504/97, estabelecendo-se a data da eleição em primeiro ou segundo turnos, salvo se a conduta houver sido praticada na antevéspera, véspera, ou no próprio dia das eleições, para o que haveria o prazo de três dias, contado do ato.

Na sequência, o Min. Caputo Bastos, acompanhando os argumentos da questão levantada pelo Relator, apenas sugeriu que o prazo para apresentação da Representação fosse definido em 48 horas da data do ato ilícito, em analogia ao prazo existente para apresentação de defesa pelo representado (art. 96, § 5º, Lei n. 9.504/97).

O Min. Cezar Peluso, após pedido de vista, seguiu o entendimento de que há necessidade de definição de um prazo para propositura da ação judicial cabível, mas votou no sentido de que este prazo fosse fixado em 5 dias após o conhecimento provado ou presumido da prática do ato ilícito.

Após o voto-vista, houve nova intervenção do Min. Rel. manifestando que o fundamental é que se fixe um prazo certo, podendo ser os cinco dias sugeridos. Então, passou-se a uma discussão entre diversos ministros sobre qual o prazo mais adequado a situação e sua natureza (decadencial ou de condição da ação).

Interessante a manifestação do Min. Marco Aurélio, que afirmou ter dificuldades em "atuar nesse vazio deixado pelo legislador e criar um prazo, como se legislador fosse, e o fazer inclusive em cima de caso concreto"[36]. E arremata:

> Senhor Presidente, perdoem-me os colegas o arroubo de retórica - ainda não estou no Congresso Nacional, peço vênia para não caminhar no sentido de fixar prazo. Ocorre, no caso, uma verdadeira fixação de prazo. Não somos convocados para aplicar a lei, porque a lei a respeito é silente, e o Tribunal sempre a observou, tal como ela se contém hoje. Eleger e pinçar por este ou aquele critério, ainda que repousando na razoabilidade, um prazo, é passo demasiadamente largo.
> Peço vênia para entender que não cabe ao Tribunal a fixação, sob pena de olvidar-se a separação de poderes e veja envolvimento de matéria constitucional no caso[37].

---

[36] BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão TSE n. 748, p. 17, disponível em: http://www.prse.mpf.mp.br/pre/jurisprudencia/pdf/ro748%20TSE.pdf. Acessado em 22 de julho de 2013, às 16h33min.
[37] BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Op. Cit. p. 17.

O entendimento externado pelo Min. Marco Aurélio foi seguido apenas pelo Min. Cesar Asfor Rocha, enquanto que a maioria formada pelo Min. Rel. Luiz Carlos Madeira, Min. Cezar Peluso, Min. Humberto Gomes de Barros e o Min. Pres. Gilmar Mendes, acolheram a questão de ordem para fixar o prazo de cinco dias para apresentação da representação. A ementa do acórdão foi encerrada com a seguinte redação:

> Representação eleitoral. Condutas vedadas. Lei nº 9.504/97, art. 73. Questão de ordem. Acolhimento. O prazo para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei das Eleições é de cinco dias, a contar do conhecimento provado ou presumido do ato repudiado pelo representante. Recurso ordinário. Representação. Intempestividade. Recurso desprovido. (RO n. 748, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, Plenário do TSE, Julg. 24-05-2005).

Da decisão, foi proposto Embargos de Declaração pelo Ministério Público Eleitoral ao fundamento de que houve contradição e obscuridade no acórdão, ante a utilização pelo Tribunal Superior Eleitoral de prerrogativa legiferante para instituir prazo decadencial e suprir vácuo legal, em ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.

A peça aclareatória foi rejeitada no dia 7 de março de 2006, com a discordância dos ministros Marco Aurélio e Cesar Asfor Rocha. Na oportunidade, destacável a análise feita pelo Min. Rel. Gerardo Grossi que, em sua visão, o TSE estaria praticando um “juízo prudencial”, já que os legisladores não estariam concedendo à Justiça Eleitoral “leis ótimas”, mas apenas “leis boas e razoáveis”, e a Lei n. 9.504/97 não foi ótima no sentido de estipular o prazo para apresentação de Representação.

No dia 20 de junho de 2006, foi posta sob análise matéria similar nos autos e Recurso Especial (REspe) n. 25.935/SC, em que o Min. Cesar Peluso suscitou nova questão de ordem sobre o prazo a ser fixado para apresentação de Representação sobre as hipóteses presentes no art. 73 da Lei n. 9.504/97.

Apesar de ter sido o idealizador do prazo de cinco dias no julgamento anterior, o Min. Cesar Peluso fundamenta, na ocasião, que o prazo deve ser mais razoável para permitir a seriedade, legitimidade e licitude das eleições e, para tanto,

propõe que o marco temporal máximo para a proposição da Representação seja a data da eleição[38].

A questão de ordem suscitada foi aprovada[39], vencidos os ministros José Delgado (Relator) e Carlos Ayres Britto e, desde então, fixou-se, por decisão do TSE, que o prazo máximo para propositura de Representação em relação ao art. 73 da Lei n. 9.504/97 é a data das eleições.

A decisão, portanto, fixou um prazo processual que, independente de sua natureza (decadencial ou de condição da ação), faz aflorar dúvidas quanto a competência para sua implementação pelo órgão judicial e pode ser facilmente objeto de insurgência por interessados, como o próprio Ministério Público Eleitoral.

Mas, independentemente se a decisão foi boa ou ruim, propõe-se fazer uma análise, pelos parâmetros inovados por Brandley C. Canon, se a decisão poderia ser intitulada como ativista.

A decisão não se encaixa no primeiro critério trazido pelo autor americano, denominado de "majoristarismo", vez que o Tribunal Superior Eleitoral não negou ou ignorou uma norma expressa na legislação, aprovada por meio do processo democrático.

Do mesmo modo, o julgamento em análise não se enquadra na dimensão da "estabilidade interpretativa", considerando que não se percebeu uma ruptura no entendimento do Tribunal. Foi um entendimento novo, não enfrentado anteriormente. Até então não havia um posicionamento definitivo do Tribunal sobre o ponto apreciado.

Por lógica, a decisão também não pertence aos parâmetros do critério "fidelidade interpretativa", pois não houve uma oposição à intenção dos legisladores ou ao sentido da linguagem empregado na norma, mormente porque não se tratou de decisão judicial que analisou um dispositivo normativo expresso na legislação.

---

[38] BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão TSE REspe n. 25.935, p. 24, disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tse.jus.br%2FsadJudInteiroTeor%2Fpesquisa%2FactionGetBinary.do%3Ftribunal%3DTSE%26processoNumero%3D25935%26processoClasse%3DRESPE%26decisaoData%3D20060620%26decisaoNumero%3D&ei=RXv6UZqFAYrI9QSr9YHoDw&usg=AFQjCNETehdHH17-1Y_XHqagt_tV0S0YTA. Acessado em 22 de julho de 2013, às 17h16min.

[39] Acórdão TSE, REspe n. 25935, op. cit., p. 24.

A dimensão “distinção do processo democrático substantivo” também não se aplica a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, na medida em que o Tribunal não pretendeu a garantia de um direito fundamental-social de cunho substantivo e material.

Para alguns, aliás, a decisão do Tribunal pode até ser considerada um instrumento para garantia do processo político democrático, considerando o seu efeito na garantia da segurança jurídica e integridade nas eleições, evitando-se oportunismos lesivos a confiança pública.

No mesmo sentido, não vem ao caso o enquadramento no parâmetro “disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas”, posto que não se pretendeu superar uma competência de outro Poder na implementação de políticas sociais.

Por outro lado, não restam dúvidas que a decisão em análise se encaixa na dimensão “regra específica”, como já se percebeu e se confirma após a digressão que se segue.

Note-se, pelos relatados debates ocorridos durante o julgamento da questão, que não houve uma argumentação jurídica consistente que demonstre a origem da interpretação e justifique o grau de positividade exercida pelos magistrados. Ao que parece, os julgadores, ao perceberem a ausência de completude da legislação sobre o tema, a consideraram necessária e concluíram por sua implementação.

Essa escolha pelo “aperfeiçoamento” da legislação incompleta lembra a tese de Herbert L. A. Hart[40], segundo a qual haverá casos juridicamente não regulados, em que nenhuma decisão será ditada pelo direito, que se apresenta parcialmente incompleto ou indeterminado. Nesses casos o juiz deve exercer seu poder discricionário e criar direito para o caso, que não só confere, mas também restringe os seus poderes de criação do direito. Nas próprias palavras do autor:

> Para que possa proferir uma decisão em tais casos (nos casos não regulamentados juridicamente), o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham,

---

[40] Hart, H. L. A. O conceito de direito ; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 351.

> mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder
> .

Mesmo a decisão em análise lembrar a tese de Hart, há de se advertir que, para Hart, tais poderes de criação conferidos aos juízes são objetos de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha e não pode ser utilizado para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos, mas tão somente limitado ao caso concreto e, por isso, são intersticiais. Não pode o juiz utilizar esse poder de forma arbitrária, devendo sempre ter certas razões gerais para justificar sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com suas próprias crenças e valores.

E, nesse aspecto, há de se considerar que a decisão foi tomada em sede de questão de ordem preliminar ao mérito e, certamente, servirá não apenas ao caso concreto, mas a outras demandas em situação semelhante no Tribunal Superior Eleitoral ou em toda Justiça Eleitoral.

Importante pontuar, ainda, neste permeio que, esse ponto da teoria de Hart é o mais criticado por Ronald Dworkin[41], para quem o direito, além de incluir preceitos explícitos, também estabelece princípios jurídicos implícitos, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também confere maior justificação moral a ele. E são exatamente a esses princípios, decorrente de sua concepção interpretativa, que os tribunais devem se voltar para a análise dos casos difíceis. Assim, o direito nunca é incompleto ou indeterminado e o juiz nunca teria oportunidade de sair do direito e exercer um poder de criar direitos para proferir uma decisão.

Suplantar um vácuo legal com a produção de uma regra específica é, sem dúvidas, elevar o positivismo moderado de Hart a um extremismo antidemocrático, ainda mais em um cenário deficiente de argumentos sólidos e convincentes. Não houve uma ponderação de valores, uma efetivação de direitos fundamentais ou uma

---

[41] Cf. afirmado pelo próprio H. L. A. Hart, *op. cit,* p. 351.

tentativa de se assegurar o processo democrático, não que seria acertado em tais casos. Apenas viu-se a brecha legal e se concluiu por seu preenchimento.

Poderia ter ocorrido, no caso, uma ausência legal voluntário do legislador que, pretendendo salvaguardar a lisura e legitimidade do procedimento eleitoral, permitiu-se que a representação para impugnação de prática desleal de candidato ou de funcionário público em favor de candidato durante o pleito não possuísse um prazo final para apresentação.

O que acabou ocorrendo, aliás, foi que o legislador supriu o lapso legal com a aprovação da Lei n. 12.034, de 2009, que, dentre outras disposições, acrescentou o § 12 ao art. 73 da Lei n. 9.504/97 para encerrar expressamente que o prazo final para apresentação da Representação é a data da diplomação.

Interessante destacar que a referida inovação legislativa foi oriunda do Projeto de Lei n. 5.498, de 2009, cuja justificativa para a criação do referido § 12 foi a de que julgamentos contraditórios, pela falta de prazo específico para apresentação de representação, estavam gerando insegurança jurídica para partidos e candidatos[42].

A inovação legislativa, portanto, foi implementada para sanear prejuízos consequentes das imprecisões interpretativas que o Poder Judiciário estava concluindo acerca da norma, a partir do julgamento do Recurso Ordinário n. 748.

Conclusão

Reforce, uma vez mais, que o enquadramento de uma decisão como ativista não a inferioriza ou a qualifica como boa ou ruim. Usa-se o termo *ativismo*, como lembrado por Paulo Gustavo Gonet Branco, "*para apontar, quer para fins de censura quer para de aplauso, o exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas*"[43]. E arremata:

---

[42] Cf Justificativa para o Projeto de Lei n. 5.498, de 2009, p. 23, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A25A191C82F1B4263F37E0808455BD8.node2?codteor=668202&filename=PL+5498/2009. Acessado no dia 23 de julho de 2013, às 19h34min.

[43] Cf. artigo "Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial", p. 6, Paulo Gustavo Gonet Branco.

> Afinal, nem toda a decisão que encurta poderes antes supostos como próprios do Legislativo merecerá crítica. Tampouco pode ser reprovada qualquer decisão que envolve opções valorativas, aparentemente da alçada dos poderes políticos representativos. O critério de valoração dessas decisões não pode ser uma concepção abstrata do que devam ser, em filosofia política, as funções do Judiciário e do Legislativo, mas deve estar informado pelo traçado de competências que o povo soberano fixou para cada um desses Poderes na Constituição concreta que editou[44].

Assegurada essa ressalva, considerando os critérios de Brandley C. Canon, não há dúvidas de que o acórdão oriundo do julgamento do referido recurso constitucional deve ser intitulado como ativista. Até porque, caso a Corte Eleitoral realmente entendesse que a parte autora da representação não possuía interesse processual no deslinde da causa em virtude do retardamento em sua apresentação, bastava extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, c.c. com seu § 3º, do Código de Processo Civil. Mas a sua preferência em criar uma regra específica, abstrata e geral sobre o ponto em análise sobressaiu à decisão de competência apenas do Poder Judiciário.

Essa conclusão somada ao indiscutível enfraquecimento do princípio fundamental da democracia representativa pelas decisões ativistas que criam uma “regra específica” permite uma advertência sobre o grau de temeridade da utilização desmedida desse tipo de decisão ativista. É inarredável que a prolação indistinta e com justificação deficiente desse tipo de decisão se transforma em uma afronta velada ao próprio Estado Democrático de Direito.

---

[44]BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit*., p. 9.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo; org./trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão REspe n. 25.935. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tse.jus.br%2FsadJudInteiroTeor%2Fpesquisa%2FactionGetBinary.do%3Ftribunal%3DTSE%26processoNumero%3D25935%26processoClasse%3DRESPE%26decisaoData%3D20060620%26decisaoNumero%3D&ei=RXv6UZqFAYrI9QSr9YHoDw&usg=AFQjCNETehdHH17-1Y_XHqagt_tV0S0YTA.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão RO n. 748. Disponível em: http://www.prse.mpf.mp.br/pre/jurisprudencia/pdf/ro748%20TSE.pdf.

CANON, Brandley C. Defining the dimensions of judicial activism. Judicature, v. 66, n. 6, dec./jan., 1983.

DWORKIN. Ronald. O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of judicial review. 11. Imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre factcidade e validade. Rio de Janeiro: 1997, v. 1.

HART, H. L. A., 1907-1992. O conceito de direito ; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal; prefácio de Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RAWLS, John. Uma teoria de justiça. Tradução de Jussara Limões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. Fortune, v. 35, n. 73, jan. 1947.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAPÍTULO 4

ATIVISMO JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE RESTRITIVA À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Carlos Odon Lopes da Rocha[45]
DOI 10.11117/9788565604233.04

Resumo: O presente artigo busca definir um conceito mais restrito à expressão "*ativismo jurisdicional*", com o objetivo de tornar evidente o caráter sempre inconveniente e indesejável de tal comportamento por parte do juiz. A partir do neoconstitucionalismo, a atuação do juiz se tornou concretizadora de normas (princípios e regras), razão pela qual as interpretações *secundum constitutionem* e *praeter constitutionem* não devem ser vistas como ofensivas à cláusula da separação dos poderes – que merece uma releitura à luz da democracia deliberativa -, mas como posturas comuns dos atuais juízes constitucionais. O ativismo jurisdicional restringe-se, pois, às interpretações *contra constitutionem* e àquelas que desrespeitam o princípio da integridade e da coerência do sistema.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Separação de Poderes. Ativismo. Interpretação *secundum, praeter* e *contra constitutionem*. Integridade. Coerência. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article seeks to define a narrower concept the expression "judicial activism", in order to make clear the character always inconvenient and undesirable for such behavior on the part of the judge. From neoconstitutionalism, the performance of the judge became prolific standards (principles and rules), which is why the interpretations *secundum constitutionem* and *praeter constitutionem* shouldn´t be seen as offensive to the clause of separation of powers – it deserves a reading of deliberative democracy – nut how common postures of current constitutional judges. The judicial activism is restricted, therefore, to interpretation

---

[45] Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Direito Público pelo IDP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Procurador do Distrito Federal. Advogado. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal (OAB/DF).

contra constitutionem and those who flout the principle of integrity and coherence of the system.

Keywords: Neoconstitutionalism. Separation of powers. Activism. Interpretation secundum, praeter and contra constitutionem. Integrity. Coherence. Supreme Court.

Introdução

A ideia de ativismo jurisdicional[46] possui, no Brasil e no mundo, forte carga emocional, sendo-lhe atribuída indistintamente tanto uma conotação positiva/desejável quanto negativa/indesejável[47]. E sem um devido rigor conceitual, o intérprete corre o sério risco de propagar noções equivocadas e contraditórias a respeito do ativismo.

Por isso, deve-se, tanto quanto possível, identificar e delimitar seus elementos básicos, conferindo ao ativismo jurisdicional os necessários – e ainda que provisórios - contornos científicos.

Com esse desiderato, o ativismo será objeto de estudo a partir das interpretações *secundum constitutionem, praeter constitutionem* e *contra constitutionem* realizadas pelos juízes constitucionais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais interpretações terão como pano de fundo a atual fase do constitucionalismo, vulgarmente conhecida como "*neoconstitucionalismo*". Trata-se do constitucionalismo do pós-guerra, nascido para evitar a repetição das atrocidades perpetradas pelo regime nazista e seu sistema jurídico positivista (p.ex., leis discriminatórias em relação ao povo judeu etc).

---

[46] Neste artigo será empregada a expressão "*ativismo jurisdicional*" como sinônimo de determinado comportamento do juiz em sua função típica de resolver conflitos. "*Ativismo judicial*", por sua vez, compreenderá a atuação do juiz não apenas em sua atividade estritamente jurisdicional, mas também no âmbito extrajurisdicional (p. ex., antecipação de pontos de vista quando da concessão de entrevistas por magistrados etc). Assim, "*ativismo judicial*" é o gênero, do qual "*ativismo jurisdicional*" é uma de suas espécies.

[47] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial.* Salvador: Juspodivm, 2011.

Destarte, comportamentos considerados *a priori* ativistas serão revistos e enquadrados dentro do novo papel do juiz (protagonista) em um Estado de Direito Constitucional.

Mas o protagonismo do juiz, possibilitado e até mesmo estimulado pelo neoconstitucionalismo, não se confunde com decisionismos, subjetivismos ou atos de pura e simples vontade do magistrado. O fato de o juiz não ser mais a "*boca da lei*" não o transforma em "*legislador originário*", ou seja, em alguém que escolhe, dentre de várias possibilidades possíveis, aquela que lhe parece mais adequada.[48] O juiz continua sendo a boca, mas, agora, a "*boca da Constituição".* Os limites, dentro dos quais o juiz está apto a decidir, foram amplamente alargados, mas isso não significa a ausência de limites e, por conseguinte, a permissão de discricionariedades ou arbitrariedades judiciais.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA FUNÇÃO DO JUIZ COMO ATOR SOCIAL RELEVANTE E CONCRETIZADOR DE DIREITOS

A Segunda Guerra Mundial trouxe várias consequências e reviravoltas no modo de pensar o sistema jurídico. Após as atrocidades do holocausto, onde milhões e milhões de judeus foram massacrados pelo regime nazista alemão, as nações se viram obrigadas a reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana como valor supremo de toda e qualquer ordem jurídica. Seguindo essa trilha, foi proferida, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse contexto histórico, inaugura-se, na década de 1950, uma nova fase na filosofia jurídica, a saber, a fase pós-positivista. O pós-positivismo caracteriza-se pela superação do positivismo legal[49], passando os princípios a ter densa normatividade jurídica. Deixam para trás a sua mera posição subsidiária de auxiliar a

---

[48] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?.* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[49] O paradigma do sistema positivista foi o Código Napoleônico de 1804. Pregava-se a autossuficiência do Código, retratando um dos valores mais preciosos do liberalismo clássico: a segurança jurídica. Com efeito, o Código regulava (ou tentava regular) de maneira precisa e detalhada as relações jurídicas, ao passo que a Constituição, por sua própria essência, era composta de normas abstratas e abertas a opções ideológicas e políticas. Para a Escola da Exegese, a codificação deveria impor ao julgador um apego ao texto normativo e à interpretação literal ou gramatical.

função integrativa na aplicação da lei[50]. Há uma (re)aproximação entre Moral e Direito.

Conforme este novo enfoque filosófico, o paradigma subjacente ao Direito Constitucional é também substancialmente alterado, sendo intitulado, a partir de então, "*neoconstitucionalismo*".

Segundo o neoconstitucionalismo, as normas constitucionais são consideradas supremas e hierarquicamente superiores. Veiculam direitos fundamentais do indivíduo, de conteúdos nitidamente principiológicos. Estabelecem determinados valores, que, consoante lição de André Ramos Tavares, devem ser

> (...) garantidos de maneira perene, inclusive contra eventual vontade passageira de legisladores que vão se substituindo (...) foi justamente a incorporação da ideia de hierarquia ao sistema jurídico, colocando-se em seu ápice as normas que mereciam certa continuidade temporal e, eventualmente, ressalvando-se algumas delas, que passariam a ser imutáveis para os poderes estabelecidos.[51] (p. 39).

E os juízes, assim como o Tribunal Constitucional, apresentam a função primordial de defesa da Constituição, buscando, em última análise, salvaguardar e concretizar, no plano fático, os conteúdos das normas constitucionais. Diante da supremacia da Constituição, cabe ao magistrado o mister de limpar ou purificar o sistema, expurgando os elementos estranhos, quais sejam, os corpos normativos viciados. As decisões judiciais não encontram, agora, fundamentação única e exclusivamente na lei, mas, primeiramente, na própria Constituição. As decisões não devem ser apenas de conteúdo legal, mas constitucionalmente adequadas. E, ainda segundo André Ramos Tavares, as "*leis passam a ser reinterpretadas a partir do significado consolidado e atual das normas constitucionais".*[52]

Para o citado autor, a supremacia constitucional faz prevalecer os direitos fundamentais contra as vontades passageiras do legislador. Nesse sentido,

---

[50] KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
[51] TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.
[52] Idem, p. 30.

> (...) a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman (1994, p. 189-90), `por meio da carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa´.[53]

Além do mais, os princípios constitucionais, a partir da necessidade de se efetivar direitos fundamentais e valores morais, são tidos como normas vinculantes, dotadas de imperatividade e eficácia no âmbito da ordem jurídica. Não são mais meros repertórios de conselhos para os poderes políticos, convertendo-se, isto sim, em normas jurídicas.[54] São espelhos dos valores agasalhados pela sociedade, com previsão, explícita ou implícita, na Constituição.

Na esteira do escólio doutrinário de Marco Aurélio Marrafon,

> Essa proteção se legitima a partir da atribuição de caráter normativo aos princípios constitucionais e aos dispositivos que preveem direitos fundamentais, promovendo uma reconciliação não positivista entre Direito e moral, de modo a contemplar a tese de que haveria uma conexão necessária, identificativa ou mesmo justificativa entre eles. Desde a perspectiva da metodologia jurídica, a consequência mais nítida dessa admissão da normatividade plena dos princípios constitucionalizados e sua vinculação com a moral é a recusa a qualquer forma de subsunção na aplicação do direito (...).[55]

Não se pode olvidar, ainda, que os princípios são semanticamente abertos, com dificuldades de determinação de seus significados. Carregam conceitos jurídicos indeterminados e vagos, o que permite um maior âmbito de decisão por parte dos juízes (constitucionais). Com uma maior liberdade na interpretação e, por conseguinte, na *"criação"* do Direito ao caso concreto, a responsabilidade do juiz

---

[53] Idem, p. 65.
[54] SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda.* In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,. p. 118.
[55] MARRAFON, Marco Aurélio. *Os Intérpretes e a Tradução da Constituição: Duplicidade do Logos e Bricolage na Construção do Sentido Normativo*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 316/317.

aumenta, tornando-o um ator social relevante na concretização de direitos (fundamentais). Aumenta, também, a possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis promulgadas pelo Poder Legislativo, agindo o magistrado, acertadamente, com desconfiança perante o legislador. Isso porque a presunção de sabedoria do legislador passa a ser relativizada diante de interesses espúrios negociados fora do espaço público de deliberação.

As funções desempenhadas pelos princípios, portanto, estão relacionadas à condensação de valores, à unidade do sistema e à orientação do labor do intérprete.[56] Princípios são, segundo Luís Roberto Barroso, "*o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins*".[57]

Com efeito, os direitos fundamentos, quando veiculados mediante princípios, exibem intenso e expresso caráter moral, que, por sua vez, não se pode perceber nas regras. São, pois, estruturalmente, normas vagas, gerais, abstratas, indeterminadas, axiológicas etc.[58]

Evidente, pois, a transcendência e a densa carga axiológica dos princípios. Por serem, via de regra, princípios, os direitos fundamentais funcionam como mandados de otimização, ou seja, devem ser aplicados no maior grau possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.[59]

A configuração dos direitos fundamentais como princípios (Alexy) foi objeto de críticas doutrinárias de Habermas, para quem isso ocasionaria o risco de desequilibrar o modelo institucional dos poderes constituídos no Estado constitucional. Para Habermas, os direitos fundamentais, enquanto princípios, dizem demasiado pouco. Os juízes, assim, obteriam um incremento considerável de poder, em detrimento do Legislativo e do Executivo.[60] A tirania dos princípios acarretaria,

---

[56] BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
[57] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141
[58] Trata-se da distinção fraca entre princípios e regras.
[59] FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios e Direitos Fundamentais.* In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coord). *Op. cit.* p. 12/13.
[60]Oportuno destacar que, atualmente, ganha corpo nos Estados Unidos da América um movimento denominado "populismo constitucional". Para o movimento, a jurisdição constitucional não possui legitimidade democrática. O conteúdo das normas abertas e gerais da Constituição norte-americana

para ele, uma anulação ou estrangulamento do Legislativo, que perderia toda a sua margem de atuação normativa.

Desse modo, a estrutura principiológica dos direitos fundamentais poderia causar um desequilíbrio político no Estado democrático e constitucional, correndo-se o risco de a "*onipresença da Constituição*" ser substituída pela "*onipotência dos tribunais"*.

Contudo, Habermas parte de uma concepção clássica de separação de poderes, que deve ser objeto de uma releitura contemporânea, conforme os cânones da democracia deliberativa.

3 Da Contemporânea ideia de separação dos poderes

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio ou cláusula da separação dos poderes, considerada cláusula pétrea, ou seja, imodificável por emenda constitucional ou lei infraconstitucional (art. 60, §4º, III, da CF/88). Em verdade, o Poder é um só, o do Estado. A separação ocorre entre as funções estatais, e não entre os poderes do Estado[61].

Apesar da nomenclatura equivocada utilizada no dispositivo constitucional, empregar-se-á a tradicional denominação "*separação dos poderes*". Tal separação busca impedir a concentração do poder e o seu exercício arbitrário. Fatos históricos já nos revelaram que o poder, de fato, corrompe. Por isso, faz-se mister um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), onde cada função estatal (Legislativo, Executivo e Judiciário) controla e fiscaliza as demais.

(princípios) não deve ser definido por uma elite de sábios (juízes) sentada na Suprema Corte, mas exclusivamente pelo povo e seus representantes eleitos democraticamente.

[61] Kildare Carvalho esclarece que "*se contudo aceitarmos a tese de que o poder do Estado é uno, não podemos falar em separação de Poderes. Devemos aceitar o fenômeno, isto sim, da separação ou distribuição de funções desse Poder uno. É que, na realidade, a cada órgão ou complexo de órgãos corresponde uma função estatal materialmente definida. E tais funções são: função legislativa, função executiva e função jurisdicional (In* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional* – Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 181).

A cláusula da separação dos poderes (ou das funções estatais) é tão relevante sob o ponto de vista axiológico que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de agosto de 1787, em seu artigo XVI, já dispunha que "*qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição".*

Segundo a lição de Dolabella Bicalho:

> O princípio da separação dos poderes foi inicialmente concebido sob uma forma rígida, isto é, cada um dos Poderes constituídos detinha funções específicas e delimitadas, vedando-se aos demais o exercício das funções atribuídas exclusivamente a um deles. Assim, ao Poder Legislativo incumbiria a tarefa de edição de normas gerais e abstratas (função legislativa); ao Poder Executivo caberia a tarefa de governo e administração do Estado, atuando em observância às normas editadas pelo Poder Legislativo (função executiva); de outro lado, o Poder Judiciário ficaria encarregado de solucionar conflitos acerca da aplicação e interpretação de normas legais, tutelando o ordenamento jurídico, bem como editando normas jurídicas de caráter individual e concreto (função jurisdicional)[62].

Portanto, consoante clássica noção de separação de poderes, há uma diferenciação explícita das funções do Estado. Para Habermas,

> (...) enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento.[63]

Nessa visão, a atribuição legislativa (ao criar direitos e obrigações) é atribuída à cidadania, representada por corporações parlamentares que editam normas conforme um processo (democrático) previamente estabelecido. Os parlamentares são, em geral, escolhidos em eleições livres, iguais e secretas, com mandatos para negociar compromissos.[64] Em síntese, o parlamento representaria a *"nação inteira enquanto tal e, nesta qualidade (...), promulga leis, isto é normas racionais, justas e*

---

[62] FERNANDES, Ricardo V. de Carvalho (Org). *Direito Constitucional*: Série Advocacia Pública. São Paulo: Método, 2011. p. 241-242.
[63] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 232.
[64] Idem, p. 226.

gerais, que determinam e regulam a inteira vida política", nos dizeres de Carl Schmitt, citado por Habermas.[65]

Entretanto, com a evolução do Estado (legal para constitucional), bem como o desenvolvimento da democracia deliberativa, vislumbrou-se a necessidade de uma flexibilização da rígida atribuição de funções, de modo que a linha que separa os poderes, atualmente, se torna cada vez mais tênue e imperceptível.

No contexto da contemporânea filosofia política, a democracia não é apenas caracterizada por eleições periódicas e o exercício universal do voto secreto, mas pelo "*governo por meio do debate"* (expressão utilizada originariamente por Walter Bagehot).[66] Trata-se de uma democracia deliberativa, onde os cidadãos deliberam e trocam opiniões sobre os respectivos argumentos num exercício da razão discursiva. Mas para que isso aconteça, torna-se imprescindível a intensa participação política, a interação pública e o diálogo sincero.

E o diálogo entre indivíduos nos espaços de deliberação deve ser garantido pela Constituição e suas normas indeterminadas, semanticamente abertas e vagas, a serem concretizadas, no caso concreto, pelo juiz constitucional.

Com efeito, a formação discursiva da opinião e da vontade não se restringe apenas às corporações parlamentares. A circulação da argumentação deve ser realizada nos diferentes níveis da esfera pública, tais como associações, partidos políticos, governos e Poder Judiciário.[67] Ao permitir que qualquer lesão ou ameaça a direito seja submetido ao crivo do Judiciário (art. 5º, XXXV), a Constituição toma os cidadãos como entes autônomos e autores (em potencial) do próprio direito.

Com isso, os direitos são efetivados e concretizados pelo juiz a partir de uma provocação do interessado/cidadão, que tem consciência da sua contribuição para a interpretação/criação do direito. Não existindo simplesmente a norma, mas, antes, a norma interpretada, como nos ensina a hermenêutica jurídica, o cidadão, pois, não necessita única e exclusivamente de representantes eleitos para a edição de normas

---

[65] Idem, p. 230.
[66] Apud SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 358.
[67] HABERMAS, Jurgen. *Op. cit*, p. 231.

que irão conferir-lhes direitos ou obrigações. Estes poderão ser concretizados diretamente pelo juiz, conforme as circunstâncias do caso concreto.

As normas (regras e princípios), em outras palavras, contêm cláusulas gerais e conceitos indeterminados que servem de medida para um amplo espaço de opinião pelo cidadão e decisão pelo juiz. A interpretação do magistrado há de ser um empreendimento sustentado pela comunicação pública dos cidadãos, permitindo uma plena participação dos mesmos. Trata-se, nos dizeres de Peter Haberle, de uma verdadeira *"sociedade aberta dos intérpretes da constituição".*

Nessa trilha, é certo que pode haver um *plus* jurídico em relação aos códigos positivos do Estado. E cabe à jurisdição encontrar essa "*mais-valia*" e realiza-la em suas decisões. O encontro dar-se-á no patamar superior da Constituição, onde princípios um tanto quanto vagos permitem um atuar jurisdicional menos preso às amarras do silogismo cartesiano.

Assim, como ensina André Ramos Tavares,

> (...) uma vaga invocação da cláusula de separação de poderes não constitui óbice à atuação da Justiça Constitucional na implementação da Constituição, podendo, pelo contrário, prover um argumento de reforço da legitimidade de uma amplitude funcional da Justiça Constitucional.[68]

Destarte, não mais prevalece eventual crítica ao ativismo jurisdicional no sentido de ser visto como sendo uma mera usurpação das competências do Executivo e Legislativo. A tradicional cláusula de separação de poderes há de ser revista e atualizada, agora conforme as diretrizes da democracia deliberativa e do Estado Constitucional[69].

---

[68] TAVARES, André Ramos. *Op. cit.,* p. 62.

[69] Para Bockenforde, citado por Habermas, *"(...) à luz da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais chega-se – do ponto de vista tipológico – a uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. A primeira é rebaixada, passando do nível originário da normatização para o da concretização, ao passo que a última é elevada, passando da aplicação interpretativa do direito para a da concretização criadora do direito (...). Desta maneira, a antiga diferença qualitativa entre legislação e jurisprudência desaparece. Ambas formam direito no modo da concretização e, ao mesmo tempo, concorrem nisso. Nesta relação de concorrência, o legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal constitucional detém a primazia (...). A questão envolvida aí é a da legitimação democrática do tribunal constitucional (...)"* (HABERMAS, Jurgen. *Op. cit*., p. 309).

4 O PAPEL DO JUIZ E AS INTERPRETAÇÕES CONSTITUCIONAIS POSSÍVEIS. ativismo jurisdicional e *self-restraint*

Conforme descrito anteriormente, o neoconstitucionalismo traz a ideia da impossibilidade da perfeita tradução da norma jurídica. Há um só texto da norma, mas diversas – e até contraditórias – significações da norma. Por isso, diz-se que não há norma, mas norma interpretada.

Com a normatividade e vinculação dos princípios (com suas vaguezas e ambiguidades), o juiz torna-se, pelo próprio sistema político instituidor da Constituição, um ente legitimado na concretização dos direitos (fundamentais).

E a Constituição brasileira permite, através de diversos remédios, ao juiz constitucional, uma atuação material, ou seja, como implementador das normas constitucionais. Basta lembrar-nos, por exemplo, do mandado de injunção. Há, pois, uma onipresença da Constituição em todos os ramos do direito e nas relações sociais em geral.

O Estado Constitucional é, sobretudo, um Estado Jurisdicional, que faz com que o juiz proteja a Constituição (e seus direitos fundamentais) contra eventuais maiorias de plantão. Não possibilitar um papel, ao juiz constitucional, de concretizador dos direitos fundamentais seria, por via oblíqua, regredir a uma posição de supremacia do Poder Legislativo.[70]

Ensina André Ramos Tavares que:

> (...) opções políticas de não implementação ou da (tradicional) situação de violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a intervenção do juiz constitucional. Isso também não significa que este deva se autoproclamar como instância exclusiva e autossuficiente na implementação da Constituição e dos direitos fundamentais.[71]

A partir da ideia de supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade das leis serve para que o juiz mantenha hígida e coerente a

---

[70] Idem, p. 68.
[71] Idem, p. 70.

ordem jurídica globalizante. Com isso, há, inevitavelmente, uma maior concorrência e atrito entre o Tribunal Constitucional e o legislador.

Mas, como adverte Luís Roberto Barroso,

> Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental -, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo.[72]

Assim, o juiz pode efetuar as seguintes interpretações: a) *secundum constitutionem*; b) *praeter constitutionem*; e c) *contra constitutionem*.

A interpretação *secundum constitutionem* é aquela em consonância com o texto constitucional. A interpretação do texto constitucional é unívoca, o que contribui para a coerência e integridade do sistema (observância de precedentes). Nela, o texto deve ser levado a sério pelo intérprete. Há um nítido conteúdo normativo em relação ao qual não se pode ignorar. O subjetivismo do juiz não pode decidir tudo conforme a própria consciência, à revelia do texto e da tradição jurídica.[73]

Já a interpretação *praeter constituionem* é aquela na qual a interpretação da norma pode suprir eventuais lacunas existentes no texto. São interpretações não abrangidas pela Constituição formal, mas que completam o sistema.

Por fim, a interpretação *contra constitutionem* consiste na atribuição de significado diametralmente oposto ao previsto na norma formal da Constituição. Há, aqui, um ativismo (negativo), ou seja, um subjetivismo do juiz, que decide conforme sua particular concepção de moral ou política. Cuida-se de verdadeiro “*populismo jurisdicional”.*

As duas primeiras interpretações - se consideradas espécies de ativismo jurisdicional, o que não é a intenção do presente estudo - possuem efeito positivo ou desejável. Porém, na atual moldura neoconstitucionalista, tais interpretações hão de

---

[72] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Op. cit*, p. 288.

[73] STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit*, p. 112.

ser vistas como rotineiras à atividade jurisdicional. Não são comportamentos ousados do juiz em detrimento do legislador (ativismo), uma vez que o próprio sistema político, ao elaborar uma Constituição principiológica, concedeu amplos poderes ao magistrado na concretização de direitos.

A interpretação *contra constitutionem*, por sua vez, configura uma indevida intromissão do Judiciário, especialmente do seu órgão máximo (Supremo Tribunal Federal), nas competências legítimas do Poder Legislativo. Aqui há o ativismo, restrito a conteúdo negativo ou indesejável, devendo, por essa razão, ser objeto de *self restraint* (autocontenção) por parte dos magistrados.

Não se desconhece que a origem da expressão "*ativismo*" remonta ao ano de 1947, quando Arthur M. Schlesinger Junior, ao analisar os julgados da Suprema Corte norte-americana no período do *New Deal*, publicou o artigo *The Supreme Court: 1947* na revista *Fortune*[74]*.* A utilização da referida expressão deu-se com o objetivo de identificar a tendência liberal ou conservadora dos juízes da Suprema Corte daquele país.

Entre as principais definições de ativismo, podemos citar: a) a conduta de o juiz legislar positivamente, ou seja, criando normas inovadoras no sistema e sem parâmetros na moldura jurídica; b) a não aplicação dos precedentes, o que configuraria uma ofensa à coerência e integridade do sistema jurídica; e c) o afastamento de parâmetros interpretativos para fins de prolação, pelo magistrado, de decisões eminentemente políticas.[75]

O presente estudo, no entanto, restringe a análise conceitual do ativismo ao afastamento, pelo juiz, dos cânones interpretativos da Constituição e da inobservância dos precedentes. Em resumo, o ativismo há de ser considerado como um comportamento negativo e indesejável do juiz, compreendido como uma atuação discricionária ou arbitrária. No ativismo, o juiz escolhe opções morais ou políticas sem o mínimo de embasamento no texto constitucional.

---

[74] O primeiro magistrado a utilizar a expressão "*ativismo*" em uma decisão judicial foi o *Judge* Joseph C. Hutcheson Jr (Apud KMIEC, Keenan D. *The origin and current of `judicial activism´*. California Law Review, p. 1441-1477, out. 2004. Disponível em <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em 22/07/2013, p. 1445.

[75] POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo.* Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, vol. 9, n. 17, p. 121/143, ago./dez 2000, p. 112.

O ativismo, portanto, não consiste na simples postura expansiva do intérprete ao analisar a Constituição, potencializando o significado de suas normas. Tal comportamento judicial é amparado – e até mesmo estimulado – pelo neoconstitucionalismo (p.ex, direitos fundamentais devem ser interpretados ampliativamente). O ativismo, em suma, restringe-se à interpretação *contra constitutionem*.

6 ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JURISDICIONAL.

Com fulcro nas interpretações constitucionais acima delineadas, oportuno analisar (criticamente) alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e a eventual ocorrência (ou não) de ativismo por parte de seus juízes constitucionais.

RHC 90.376 E HC 93.050. INTERPRETAÇÃO *SECUNDUM CONSTITUTIONEM*

Diante do caráter principiológico da Constituição, os limites jurídicos dentro dos quais o intérprete/julgador pode transitar são extensos. Nessa espécie interpretativa, ao juiz é permitido conferir significados (restritivos ou ampliativos) às normas constitucionais. Não é por outra razão que a interpretação *secundum constitutionem* é a comumente realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RHC 90.376 (DJe de 18.05.2007), a 2ª Turma da Suprema Corte, em acórdão da relatoria do Ministro Celso de Mello, posicionou no sentido de que

> Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de `casa´ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, §4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa

> diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF)”.

No mesmo norte, ao interpretar o art. 5º, LVI, da CF/88, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que:

> Ilicitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder). Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo (...). A CR, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum* (...).
> (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10.06.2008, 2ª Turma, DJe de 1.08.2008).

Tais julgados são exemplos de interpretações *secundum constitutionem* perpetradas pelo Supremo Tribunal Federal. Não há, pois, que se falar em ativismo quando o juiz constitucional interpreta, mesmo que ampliativamente, normas cujos limites estão delineados na própria Constituição.

MI 670/ES E 708/DF. INTERPRETAÇÃO *PRAETER CONSTITUTIONEM*.

Inicialmente, oportuno (re)lembrar que o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição de lei, tendo em vista a eficácia limitada, ou seja, não autoaplicável da referida norma constitucional. O Tribunal apenas declarava a existência de mora legislativa, em respeito à cláusula (tradicional) da separação dos poderes. Dessa forma, a decisão proferida em mandado de injunção

deveria limitar-se a aferir a inconstitucionalidade da omissão legislativa, determinando a comunicação ao legislador para as providências necessárias à regulamentação (Mandado de Injunção n.º 107).

Nesse sentido, vejamos o seguinte precedente:

> O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante no art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do Texto Constitucional. (STF, MI 20/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 22.11.1996).

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 283, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a Suprema Corte, avançando no seu entendimento, estipulou prazo para que fosse suprida a lacuna referente à mora legislativa, sob pena de ser assegurado ao interessado a satisfação dos direitos pleiteados. Nessa mesma trilha: MI 284, relator Ministro Celso de Mello; e MI 232, relator Ministro Moreira Alves.

Não obstante, com o objetivo de dar efetividade ao art. 37, VII, da Constituição Federal, que prevê o direito de greve aos servidores públicos, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 708/DF, conheceu da ação e, no mérito, acolheu a pretensão nela deduzida, afirmando que, enquanto não suprido o vácuo legislativo, fosse aplicada, por analogia, a Lei 7.783/89. Acompanharam o Relator os Ministros Cezar Peluso, Carmen Lúcia, Celso de Mello, Carlos Britto, Menezes de Direito, Eros Grau e Ellen Gracie, restando vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Assim, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação até então consolidada, não mais limitando a sua atuação à mera declaração da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora. Em síntese, a comunicação da

existência de mora legislativa não deveria possuir caráter exclusivamente declaratório.

Sem assumir a função de legislador positivo, o Ministro Relator admitiu a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário, através da Lei 7.783/89 (norma reguladora do direito de greve aos trabalhadores da iniciativa privada). Teria, pois, a comunicação ao legislador uma natureza mandamental. Não caberia ao legislador escolher se concede ou não o direito de greve aos servidores públicos, por se tratar de mandamento constitucional de caráter vinculante. Com isso, as normas constitucionais de eficácia limitada perdem espaço, cada vez mais, para as normas de eficácia plena, dada a força normativa que deve permear toda a Constituição Federal.

Destarte, o STF, em uma interpretação *praeter constitutionem* (ou seja, suprindo a lacuna normativa ao aplicar, por analogia e provisoriamente, a Lei 7.783/89), garantiu efetividade na interpretação da Constituição, que consiste no dever de o intérprete atribuir a maior eficácia possível a uma norma constitucional (princípio da máxima eficácia da Constituição).

A Constituição deve trazer consigo uma irradiante força normativa, para que, com o devido manejo, produza na realidade social os propósitos buscados. Assim, todas as normas constitucionais, em maior ou menor grau, têm força imperativa, não podendo ser visualizadas como meros conselhos ou utopias. Em suma, toda e qualquer norma é criada para ser efetivamente cumprida, ainda mais quando se tratar de norma de índole constitucional.

Em meados de 2007, foi julgado o MI 670/ES, que conferiu efeito concreto e normativo ao mandado de injunção, *verbis:*

> No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei n.º 7.783/89 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos.
> Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos dos já mencionados arts. 9º a 11 da Lei n.º 7.783/89.
> Creio que essa complementação na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha de raciocínio desenvolvido, não se

> pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem "em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (Lei n.º 7.783/89, parágrafo único, art. 11).

No voto do Ministro Gilmar Mendes ficou claro que não justificava mais a inércia legislativa e a inoperância das decisões da Corte Suprema. Ao resumir a discussão, o Ministro Celso de Mello asseverou:

> Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Com efeito, o direito de greve do servidor público, por se tratar de direito fundamental consagrado no texto constitucional, deve ser garantido provisoriamente pelo Poder Judiciário, enquanto não houver lei disciplinando a matéria. Trata-se de interpretação *praeter constitutionem*, ou seja, interpretação na qual o juiz faz uso, por analogia, da Lei 7.783/89, com o fito de dar concretude a um determinado direito fundamental previsto na Constituição.

Contudo, havendo manifestação posterior do legislador, no sentido de confeccionar lei válida e concretizadora de uma norma constitucional, deve o juiz (constitucional) aplica-la.

Sob outra vertente, a Corte Suprema do país, ao julgar a ADI 3.510 (Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.05.2008, DJe de 28.05.2010), partiu expressamente da premissa de que "*o Magno Texto não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa*". Não obstante, supriu a referida lacuna ao interpretar que os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum, isto é, o embrião é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

INTERPRETAÇÕES *SECUNDUM* E *PRAETER CONSTITUTIONEM*. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO SISTEMA E ATIVISMO JURISDICIONAL

A interpretação dada a uma norma pelo juiz constitucional deve ser mantida, via de regra, para os futuros casos semelhantes. Não se está aqui a defender o engessamento, mas, em caso de mudança de posicionamento jurisprudencial consolidado, tem o juiz o dever de motivar extraordinariamente o porquê dessa alteração. Não basta alegações vazias no sentido de que "*evoluiu no entendimento*", mas a demonstração robusta do equívoco na adoção do entendimento anterior.

Não se pode olvidar que a ciência jurídica, por se tratar de uma racionalidade prática, é, antes de tudo, bom senso e coerência. Tratar igualmente os iguais deve sempre estar no horizonte hermenêutico de todo e qualquer aplicador/intérprete do sistema jurídico. Em outras palavras, impõe-se ao intérprete o dever de tratar casos similares de modo semelhantes, e casos diferentes de modo diferente, dando a cada um o que lhe é devido.

O valor ímpar dado aos precedentes judiciais demonstra que as decisões (normas interpretadas) possuem força normativa não só para o passado, mas também para o futuro, pois permite que se exija dos tribunais uma decisão de mesmo teor quando novos casos, similares ao anterior, forem levados a juízo. Em suma, a norma interpretada a partir da qual se resolve um caso atual valerá não apenas para ele, mas também para futuros casos semelhantes.

Cuida-se da observância do princípio da integridade do sistema, conforme ensinamento de Dworkin. A interpretação, embora seja uma atividade criativa[76], não se traduz em absoluto decisionismo por parte do juiz, devendo ela encontrar limites objetivos.

---

[76] Segundo escólio Konrad Hesse, citado por Habermas, "*Certamente as decisões da jurisdição constitucional contém um momento de configuração criativa. Porém, toda interpretação revela um caráter criativo. Ela continua sendo interpretação, mesmo quando serve para a resposta de questões de direito constitucional e quando ela tem como objeto normas da dimensão e da abertura das normas do direito constitucional (...). Nesta visão, as competências amplas do Tribunal Constitucional Federal não constituem necessariamente uma ameaça à lógica da divisão de poderes*" (HABERMAS, Jurgen. *Op. cit*., p. 304).

Entre os limites objetivos à interpretação, podemos citar a integridade do sistema, que consiste na consideração da tradição e das condições histórico-concretas para a decisão no caso concreto. Este limite representa uma blindagem contra interpretações inconsequentes do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. [77] Representa uma blindagem contra o ativismo jurisdicional (indesejável).

A importância da coerência e da integridade reside na autoridade (tradição autêntica) que surge dos precedentes como princípio hermenêutico.[78] Os juízes, destarte, devem *"aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade nas decisões que proferem"*[79]*.* Devem respeitar a coerência do direito e aplica-lo coerentemente.

Explica Streck que "haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição"[80].

ADI 3.367/DF E HC 80.949/RJ. INTERPRETAÇÃO *CONTRA CONSTITUTIONEM* E ATIVISMO JURISDICIONAL

Em 2005, foi julgada a ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.367/DF, onde se impugnou a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Em seu voto, o Ministro Eros Grau afirmou que *"não existe Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte"*.

A assertiva acima confere realismo jurídico às normas constitucionais, repelindo o texto como limite de sentido constitucional. Embora o intérprete não deva se ater exclusivamente ao método literal ou gramatical, é certo, de igual forma, que o

---

[77] STRECK, Lenio Luiz. *O Panprinciologismo e a "Refundação Positivista".* In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Op. cit*., p. 239/241.
[78] MARRAFON, Marco Aurélio. *Op. cit.,* p. 325.
[79] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110.
[80] Idem, p. 111.

mesmo não pode contrariar, a partir de voos imaginários, os significados incontroversos dados pela literalidade. Portanto, o "*sim*" não pode ser compreendido pelo intérprete como "*não*", sob pena de ofensa à literalidade e à própria lógica.

Pelo voto do Ministro Eros Grau, *"há uma tirania judicial. O realismo jurídico extremado faz o Direito Constitucional depender de prévia decisão judicial, sem a qual o texto torna-se apenas um enigma, sem qualquer orientação prospectiva (...) de instância limitadora",* conforme lição de André Ramos Tavares. [81]

Com efeito, a fundamentação das decisões judiciais não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido de forma legítima e democrática. Não se trata, pois, da busca de um sentido original intocável, que necessitaria apenas ser reproduzido, mas sim de uma atitude, mesmo que criativa, dentro de limites situacionais bem claros.[82]

O Supremo Tribunal Federal, ao discorrer sobre os limites da Constituição, chegou a afirmar que

> (...) até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência" (HC 80.949-9/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. Julgado em 30.10.2001, DJ de 14.12.2001).

Ao final, calha salientar o posicionamento *contra constitutionem* adotado pelo Pleno do STF, nos autos da ADI 4.277/DF e da ADPF 132, ao consolidar o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. Em que pese todo esforço argumentativo dos magistrados, é incontroverso que o art. 226 , §3º, da CF/88 dispõe que "*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".* Conquanto os padrões minimamente éticos determinem que os parceiros do mesmo sexo não sejam

---

[81] TAVARES, André Ramos. *Op. cit*, p. 31.

[82] ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de M. *A Interpretação "Impossível", ou o Direito como Linguagem Cênica*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). Op. cit., p. 338.

discriminados e suas orientações sexuais sejam respeitadas e toleradas, é certo que a opção política do juiz, por mais louvável que seja, não pode substituir a opção política da Constituição.

Eis um claro ativismo jurisdicional (de conteúdo negativo e indesejável). Como se não bastasse esse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, não observou o princípio da integridade ou coerência quando o Ministro Luiz Fux, nos autos do MS 32.077 MC/DF, em decisão proferida monocraticamente em 28.05.2013, asseverou que a

> (...) Resolução n.º 175/2013 (do CNJ), também com esteio no art. 103-B da Constituição, interditou a recusa, por parte das autoridades competentes, da habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, atendendo aos fins colimados pela CRFB/88, notadamente após o julgamento da ADPF n.º 132/RJ e da ADI n.º 4277/DF”.

Contudo, o próprio Ministro Luiz Fux, ao relatar o Agravo Regimental no RE n.º 687.432/MG, julgado em 18.09.2012, afirmou que o Pleno do STF, nos autos da ADI 4.277/DF e da ADPF 132, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva.

Ora, o entendimento consolidado do STF é no sentido de aplicação das mesmas regras e consequências jurídicas da união heteroafetiva à união homoafetiva. Não houve a discussão, ao contrário do que faz crer o Ministro Luiz Fux, a respeito da possibilidade de celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A menos que se iguale juridicamente a união estável ao casamento – o que não encontra amparo constitucional -, a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux configura um ativismo jurisdicional inconveniente, pois, além de não respeitar o precedente do Pleno da Corte, alterou inconsequentemente a própria conclusão do acórdão.

CONCLUSÃO

Portanto, o ativismo jurisdicional deve ser analisado à luz do novo paradigma do Direito Constitucional (neoconstitucionalismo). Não há, atualmente, uma nítida e

clara separação de poderes, onde o juiz era a "*boca da lei*". Agora, o juiz, transformado em "*boca da Constituição*", tem o dever de concretizar direitos fundamentais, aplicando, inclusive, diretamente princípios jurídicos (valores positivados) em relações entre particulares[83].

Com a normatividade e eficácia dos princípios, que são semanticamente abertos e de significados indeterminados, abre-se um maior leque de possibilidades interpretativas ao juiz constitucional. Com o poder mais amplo do juiz, aumenta-se, de igual forma, a sua responsabilidade social, tornando-se um ator preponderante na concretização e efetivação de direitos fundamentais.

Assim, em decorrência da arquitetura constitucional a partir de 1988, o papel do juiz ganhou relevância especial, sempre na tentativa de concretizar as normas constitucionais. As interpretações *secundum* e *praeter constitutionem* não podem ser vistas como ativismo jurisdicional, mas como comportamentos comuns do juiz no neoconstitucionalismo. As interpretações não apenas de regras, mas de princípios, conferem ao magistrado um poder criativo (porém limitado) de normas para a resolução do caso concreto.

Por derradeiro, as interpretações *contra constitutionem* e aquelas que violam os princípios da integridade e coerência do sistema configuram ativismo jurisdicional (negativo e indesejável). O ativismo, então, deve ser compreendido como indevido populismo do magistrado, cuja atuação arbitrária e sem limites objetivos presta apenas um desserviço ao Estado democrático e constitucional.

Conforme já advertido, a onipresença da Constituição não se deve transformar em onipotência e prepotência do juiz constitucional.

---

[83] Segundo Bockenforde, citado por Habermas, "*quem deseja manter a função do parlamento escolhido pelo povo, determinante para a formação do direito e evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado na jurisdição constitucional, tem que aceitar também que os direitos fundamentais – reclamáveis judicialmente – são `apenas´ liberdades subjetivas em relação ao poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas (obrigatórias) de princípios para todos os domínios do direito"* (HABERMAS, Jurgen. *Op. cit*., p. 310).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

______________________________. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional* – Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional positivo. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial.* Salvador: Juspodivm, 2011.

FERNANDES, Ricardo V. de Carvalho (Org). *Direito Constitucional*: Série Advocacia Pública. São Paulo: Método, 2011.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current of `judicial activism´*. California Law Review, p. 1441-1477, out. 2004. Disponível em <http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em 22/07/2013, p. 1445.

POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo.* Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, vol. 9, n. 17, p. 121/143, ago/dez 2000.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?.* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPITULO 5

AINDA A ADI N° 3.510 UM VOTO (VENCIDO) E A QUESTÃO LIMITE DAS DECISÕES EM TERMOS ADITIVOS[84]

Francisco Valle Brum[85]
DOI 10.11117/9788565604233.05

RESUMO: O presente artigo analisa o julgamento proferido pela nossa Corte Suprema, nacionalmente conhecido como a “ADI das células-tronco” (ADI nº 3.510). Aborda, não obstante esse julgamento ter envolvido diversas questões jurídicas e morais, especificamente o voto vencido do Ministro Eros Grau, máxime as proposições feitas pelo magistrado a título de sentença aditiva. Indica a confusão que se faz em torno da interpretação conforme a constituição e as sentenças aditivas, campo aberto para um(a) ativismo (discricionariedade) judicial. Conclui que é um perigo para a democracia o Judiciário adotar essas decisões em termos aditivos com proposições cuja *expertise* depende de um conhecimento técnico-científico desconhecido dos magistrados.

Palavras-Chave: ADI 3.510. Supremo Tribunal Federal. Sentenças Aditivas. Discricionariedade Judicial.

---

[84] Artigo apresentado à disciplina Jurisprudência Constitucional do Mestrado do IDP.
[85] Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito do Estado. Advogado da União.

ABSTRACT: This article analyzes the judgment delivered by the Supreme Court, nationally known as the "ADI stem cells" (ADI nº 3.510). Addresses, however this trial has involved several legal and moral issues, specifically the vote won by the Minister Eros Grau, notably the propositions made by the magistrate for sentence addictive. Indicates the confusion that is around the interpretation according to the Constitution and the addictive sentences, open field for a (a) activism (discretion). That is a danger to democracy the judiciary to adopt those decisions in addenda with propositions whose expertise depends on technical and scientific knowledge unknown by magistrates.

Keywords: ADI nº 3.510. Federal Supreme Court. Additive Sentences. Judicial Discretion.

INTRODUÇÃO

Talvez não haja no atual contexto da jurisdição constitucional um ponto tão sensível e determinante do que o chamado *ativismo* judicial. Todas as perspectivas metodológicas e filosóficas no âmbito do Direito – por exemplo, as diferentes modalidades de realismo e positivismo jurídicos, bem como as inúmeras correntes "pós-positivistas" – sem exceção, dedicaram extensas páginas contendo reflexões sobre a temática[86].

O presente artigo pretende delimitar o conceito de sentenças aditivas[87], técnica de decisão donde subjaz um verdadeiro e perigoso *ativismo/discricionariedade/criatividade* judicial. Para isso, será analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da afamada ADI nº 3.510.

---

[86] CUNHA. José Ricardo. Possibilidade e limites da criatividade judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). *In:* **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional**. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 523-552.

[87] Não se desconhece que a doutrina costuma reconhecer três espécies de sentenças desse tipo, a saber: as aditivas, as manipulativas e as construtivas (ver, para tanto, inclusive citando o *lócus* precursor dessas decisões, a Itália, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 187-188). Contudo, para os modestos limites deste artigo, se buscará apenas diferenciar as sentenças aditivas (como gênero) da técnica de interpretação conforme a constituição.

Assim, a pergunta-problema que se põe diz respeito ao grau de discricionariedade existente na decisão em termos aditivos, que muitas vezes é utilizada a pretexto de aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição, e em que medida ela é prejudicial à democracia.

Como hipótese, podemos dizer que a técnica da interpretação conforme a constituição difere em essência das decisões em termos aditivos, as quais, em *casos-limite*, são aplicadas sem o conhecimento técnico imprescindível para o deslinde das causas submetidas ao crivo da Corte Suprema, violando sobremodo a democracia, uma vez que, quando estiverem em jogo problemas de alta complexidade, o conhecimento da doutrina e da jurisprudência será insuficiente para o exercício jurisdicional.

2 SENTENÇAS ADITIVAS: INTERPRETAÇÃO CONFORME OU ATIVISMO (DISCRICIONARIEDADE) JUDICIAL?

Já é *lugar-comum* o debate travado sobre o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos normativos, sobretudo no âmbito do controle concentrado. Até que ponto os juízes da Suprema Corte podem realizar a tarefa de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis exaradas pelos representantes do corpo social sem usurpar a função constitucional do Parlamento faz parte de diversos embates travados ao longo do século passado e do presente.

Dentro dessa discussão, a adoção de decisões aditivas[88] tem lugar especial. Sobre a conceituação destas, destaque-se texto produzido por Edilson Pereira Nobre Júnior, onde o autor, apesar de aproximar as sentenças aditivas da técnica de interpretação conforme a constituição, define que

> Da interpretação conforme advêm conseqüências das mais variadas dentre as quais, observa, com acuidade que lhe é peculiar, García de Enterría, está algo além da mera exegese declarativa, importando

[88] Há quem divida a sentença aditiva em três espécies: a) decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos); b) as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário); e c) as aditivas de princípio (onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional) (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1433).

> naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiências dos textos legais validados. Desse efeito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Estas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo[89].

Tem-se como decorrência da prolação desse tipo de decisão que, ao invés de drasticamente eliminar-se a norma jurídica, esta se mantém através da adição ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para estar de acordo com o preceito constitucional, sendo que, nestas sentenças, a estrutura da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental[90].

Luis Prietro Sanchís[91], tratando do clássico modelo kelseniano de legislador negativo, afirma que

> *Sin embargo, no es sólo esto: es que, además de legislador negativo y juez ordinário, el Tribunal cede a veces a la tentación de convertirse en legislador positivo. Esto es lo que sucede manifestamente en las sentencias aditivas o manipulativas que operan sobre la disposición legal, pero no para eliminaria por inconsticional, sino para manternela haciendo afiadidos o altercaiones en el próprio enunciado*.

É de se dizer que essa “técnica” fora rechaçada por um largo período temporal, notadamente quando a composição do Supremo Tribunal Federal era reconhecidamente conservadora, como se pode ver do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da ADI 1.822-DF. Considerou-se, naquela ocasião, que

> Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo[92].

---

[89] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo**. Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Regiao, n. 12, mar. 2007, p. 70.
[90] *Ibid*., p. 70.
[91] SANCHÍS, Luis Prieto. **Ley, Principios, Derechos**. Madrid: Dykinson, 1998, p. 43.
[92] Voto proferido na ADI 1.822. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 26/06/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno/STF. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 19.05.13.

Por outro lado, temos no Brasil a conhecida técnica da interpretação conforme a constituição, a qual, muitas vezes, é tida como fonte da adoção das sentenças aditivas. Oportunidade para interpretação conforme a constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria constituição[93]. Aqui, o aplicador da norma busca a interpretação que, resguardando o texto constitucional, procede à exclusão de outras possibilidades de interpretação contrárias à constituição[94].

De início já se pode verificar que há uma diferença tanto semântica quanto funcional de ambas as técnicas aqui descritas. Enquanto a interpretação conforme é uma forma de o aplicador *manter* o texto constitucional, buscando a exegese que melhor se amolda ao texto da constituição, nas sentenças aditivas tem-se uma verdadeira *inclusão* à norma de algo que não existia ao tempo do julgamento de determinado caso. Ou seja, é um acréscimo de sentido, muitas vezes contrário[95], ao preceito constitucional; um conteúdo elastecido, mais amplo ao texto originário da lei, para abarcar uma situação que a esta, em tese, deixou de prever[96].

Nas sentenças aditivas a Corte constitucional julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal que omite o regramento que deveria conter, ou seja, declara inconstitucional a parte em que a lei deixa de prever algo[97]. Nas palavras de Carlos Blanco de Morais

> Imperativos de aproveitamento dos actos e, sobretudo, de tutela dos princípios da segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade conduziram a operações interpretativas e integrativas da Justiça

---

[93] MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287.

[94] Defendendo a adoção dessa técnica, Lenio Streck registra que *o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficacial. Para tanto, tem à sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidade para compatibilizar a norma com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme até a nulidade parcial sem redução de texto, passando pelo apelo ao legislador; enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesma tradição nos legou* (*Op, cit.*, p. 315).

[95] É o que será visto no próximo capítulo.

[96] VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional Via Decisões Aditivas. Limites e Legitimidade**. Dissertação submetida ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Orientador: Ney de Barros Bello Filho. Brasília, 2012, p. 88. Encontrado em www.idp.edu.br. Acesso em 12/07/13.

[97] *Idem*, p. 87.

> Constitucional, destinadas não apenas a declarar uma inconstitucionalidade, mas também a "consertá-la" no tecido normativo, através de uma decisão aditiva. Neste ponto o Tribunal Constitucional afirmou-se como titular de um poder "correctivo" ou "reparador" "ad futurum" de deformidades das normas inconstitucionais. Esta situação ocorre, em regra, quando se pretende censurar silêncios inconstitucionais do decisor normativo, criadores de desigualdades intoleráveis ou quando se intenta eliminar certas onerações, inadmissíveis e desproporcionadas, a direitos e garantias fundamentais. Assim, sempre que seja possível, em simultâneo, julgar a inconstitucionalidade parcial de uma norma e reparar o vício através da junção de um segmento normativo que em regra já deve estar presente no ordenamento, o Tribunal Constitucional não se coíbe de proferir sentenças com efeitos aditivos[98].

É no momento em que o equívoco de conceitos e, por consequência, da adoção dessas técnicas, que volta à tona o sempre falado *ativismo* (ou discricionariedade?) judicial. Importante justificar que *ativismo* é uma expressão vaga, cujo emprego requer cuidados. Por isso, se preferirá utilizar a expressão *discricionariedade* quando se entender que o juiz usurpou a função do legislador.

A vagueza da expressão não é "privilégio" do Brasil. Paulo Gonet Branco[99], em artigo acerca do conceito de *ativismo* judicial, anota que

> Mesmo no país em que cunhada pela primeira vez, a expressão *ativismo judicial* padece de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinarias. Bradley Canon, em artigo seminal na busca da descrição das características concretas de uma decisão ativista, inicia o seu texto reclamando justamente da difusão por comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenômeno, capazes de retirar seriedade ao termo e de deixar os que desejem entender a discussão desamparados, numa "babel desconexa".

A forma em que se pretende tratar da decisão proferida na ADI 3.510 é a que se aproxima da *discricionariedade* judicial ou do *ativismo* pejorativamente

---

[98] MORAIS, Carlos Blanco de. *Apud* VARGAS, Denise Soares. *Op. cit.,* p. 87.
[99] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em Busca de Um Conceito Fugidio – Ativismo Judicial**.** *In*: **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Organizadores: Andre Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 389.

considerado, ou seja, como uma decisão que não deveria ser dada; um *caso-limite*[100] em que se pode visualizar a usurpação da função legislativa.

Nesse sentido, destaca-se novamente trecho do trabalho de Paulo Gonet Branco[101], para quem

> Em obra densa e a merecer a atenção dos estudos seriamente fundamentados, Elival da Silva Ramos toma o ativismo judicial como "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)". Vê o ativismo como algo negativo, não lhe recusando a qualificação de "insidioso descaminho", reiterando esse caráter nessa outra passagem, em que esclarece o seu ponto de vista: "ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa", dizendo tratar-se da "descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes".

Desse pequeno apanhado, podemos partir para o ponto central deste estudo, qual seja, a análise do voto vencido proferido no julgamento da ADI nº 3.510, para testarmos esses conceitos e para verificarmos se, neste caso, a adoção da sentença aditiva foi uma medida aplicadora da técnica da interpretação conforme a constituição ou uma *discricionariedade* judicial.

3 A ADI Nº 3.510. UM *CASO-LIMITE*

Muito se discutiu acerca do julgamento proferido no ano de 2008 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, denominada de "ADI das células-tronco". Múltiplos debates foram realizados na Suprema Corte do país sobre a questão jurídica e moral no uso dessas células para pesquisas e terapias, sobre o iniciar da vida, sobre a fertilização *in vitro* etc.

---

[100] Como adiante será analisado, é dura a tarefa de saber quando houve, por parte do aplicador da constituição, a adoção de uma *discrição* judicial de toda nefasta à democracia. Contudo, há alguns casos (aqui denominados de *casos-limite)* na qual o observador externo consegue, de plano, vislumbrar a existência dessa *discricionariedade* judicial violadora da separação dos poderes.

[101] BRANCO, *op. cit.,* p. 394.

Mas um ponto que ultrapassa a discussão central do julgamento parece ter sido pouco debatido, sobretudo diante da sua importância para a atual quadra da jurisdição constitucional no mundo de forma geral e no Brasil, em particular. Trata-se da (necessária) identificação das sentenças ditas aditivas, que, em diversos casos, são confundidas ou utilizadas como substitutivas da atividade legiferante ou a pretexto de se aplicar uma interpretação conforme a constituição.

Aqui se utilizará do voto vencido proferido pelo Ministro Eros Grau para investigar como se deu a aplicação da decisão aditiva, a qual, nas palavras do próprio Ministro, deveria ser proferida *visando a superar a incompletude [o vocábulo está incorporado ao vernáculo] do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05*[102].

Uma das maiores dificuldades que encontramos na atual quadra histórica da interpretação constitucional e, de resto, do Direito Constitucional e da sua jurisdição, sobretudo a partir de meados do século passado, é saber quais os limites da atuação do juiz no âmbito dos direitos fundamentais. Apesar de inúmeros autores[103] terem tentado contribuir para essa hercúlea tarefa, é certo que ainda hoje não podemos afirmar, com extrema segurança, quando a jurisdição constitucional é exercitada no campo que a ela não pertence.

Assim como no chamado *ativismo* judicial[104], as sentenças em termos aditivos fazem parte daqueles conceitos, dentro da temática da interpretação e aplicação constitucional, difíceis de precisar. O fato é que, apesar disso, há *casos-limite*[105] em

---

[102] Voto proferido na ADI 3.510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno/STF. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 17.05.13.

[103] Por exemplo: Hamilton, Madison e Jay, J. H. Ely, J. Habermas, R. Dworkin, Santiago Nino, etc. No Brasil: Paulo G. Gonet Branco, Gilmar Mendes, Elival da Silva Ramos, Luis Roberto Barroso, Lenio Streck, etc.

[104] Elival da Silva Ramos registra que *Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o* núcleo essencial *de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.*(RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308)

[105] *Nesse ponto, porém,* afirma José Ricardo Cunha, *é preciso reconhecer que a fixação desse grau de criatividade está longe de ser pacífica. Há um crescente movimento de crítica à divulgação da idéia de "criação judicial do direito", mesmo entre quem reconhece – como Cappelletti – que a atividade desenvolvida pelos juízes não é mecânica, nem é imune a elementos externos (e muitas vezes contrários) ao direito positivo.* (CUNHA, *op. cit.,* p. 528.)

que se consegue visualizar com certo grau de objetividade quando houve desvirtuamento na sua utilização.

As questões constitucionais polêmicas, como a que é tratada neste artigo, fazem parte daquilo que Dworkin chama de *hard cases*[106], as quais não prescindem de uma *interpretação jurídica*[107]. Cristina Queiroz[108], se referindo à justiça constitucional e mudança social, teoriza:

> As questões constitucionais polêmicas necessitam de uma *interpretação*, não de uma adaptação ou revisão. Mas tanto no direito legislado como na casuística o "o jogo" entre a adaptação e a interpretação é *complexo*. Daí a expressão de DWORKIN de que "uma boa interpretação deve não só adaptar-se como justificar (: fundamentar) a prática que interpreta". Isso permitiria distinguir a "interpretação jurídica" da "invenção jurídica".

Justamente essa "invenção jurídica" que foi adotada no voto vencido objeto deste estudo. De início, destaco o seu dispositivo:

> Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, *em termos aditivos*[109], os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos: [i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º]; [ii] a "fertilização in vitro" referida no caput do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; [iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células- tronco.

---

[106] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. São Paulo: WMF, 2010, p. 8 e Cap. 4.
[107] Distinta de qualquer *invenção jurídica.*
[108] QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da construção Constitucional**. Lisboa: Editora Coimbra, 2000, p. 304.
[109] Sem grifos no original.

A pergunta que fica é: será que poderia o juiz determinar, por exemplo, que a pesquisa e terapia com células-tronco serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º][110]? Ou mais: poderia o Ministro ter dito, "em termos aditivos", que se admite a fertilização de um número máximo de quatro[111] óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados?

E o que dizer da parte em que se decidiu que

> (...) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

Poderia o Ministro "autorizar" a destruição de óvulos cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após o período de vinte e quatro horas[112] (!)?

Por mais que houvesse algum parâmetro nos autos[113], a lei objeto da ADI não trata desses dados quantitativos de óvulos que poderiam ser destruídos ou transferidos para o útero da paciente. Não é tarefa do Judiciário fixá-los e, sem se desincumbir do ônus argumentativo[114], afirmar que se está proferindo uma sentença em termos aditivos (seja lá o que isso quer significar em termos práticos).

---

[110] Ampliou-se, por via judicial, o órgão que deve autorizar as pesquisas.
[111] Perceba-se que foi decidido inclusive o número (!) de óvulos que poderiam ser fertilizados por ciclo.
[112] Por que vinte e quanto e não quarenta e oito horas, por exemplo?
[113] Mesmo com dados técnicos aparelhando a demanda, o julgador não tem a *expertise* para precisar quais são ou não os dados corretos, tais como, o número de óvulos que podem ser transmitidos, quantidade de óvulos fecundados, número de horas etc.
[114] Já que do ponto de vista do direito de controle judicial sempre existiu uma enorme diferença entre a *discricionariedade do legislador* para desbravar poderes (implícitos) e a *discricionariedade do poder judicial* para impor limites (implícitos) sem especificar (QUEIROZ, *op. cit.*, p. 304).

Por isso que se pode afirmar com certo grau de certeza que estamos frente a um *caso-limite* de usurpação da função legiferante[115]. Nesse sentido, Herbert Hart, um dos representantes de um positivismo "brando"[116], afirmou, ao tratar de sua norma de reconhecimento, que as normas de fato apresentam uma zona de penumbra[117]. No caso de muitas normas jurídicas, pode-se tolerar certa margem de incerteza, e mesmo vê-la como um elemento bem-vindo, de modo que possibilite uma decisão judicial bem informada quando se conheça a composição de um caso inédito, tornando possível identificar os problemas envolvidos em sua decisão e dar-lhes solução racional[118]. Porém, daí a admitir uma decisão sem um mínimo de base normativa do tipo positivada deve ser vista com muito cuidado.

Não se nega que o caso da ADI nº 3.510 envolveu diversos valores morais, o que poderia ter levado os Ministros do STF a uma solução visando à conformação das compreensões da sociedade. Nesse sentido, a identificação do Direito não prescinde de uma avaliação moral, sobretudo porque, se assim não fosse, o Direito até poderia ser identificado, mas não justificado sob esse ponto de vista[119]. Agora, o que não se pode admitir é que, a pretexto dessa justificação moral do Direito, possa o aplicador da constituição fixar parâmetros técnico-científicos que não prescindem de uma discussão muito maior do que a levada a efeito no julgamento dessa demanda objetiva.

A crítica ao voto proferido pelo Ministro Eros Grau se aproxima do que Hart afirmou, ao tratar dos casos em que não se pode encontrar uma única resposta correta, no sentido de que o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito, mas não

---

[115] Alguns outros exemplos que reputo verificado esses *casos-limite*: ADI 4277, que admitiu a união estável homoafetiva mesmo em contrario ao texto expresso da CF/88. Ou, ainda, a Rcl 4335, onde se está discutindo o alcance normativo do art. 52, X, da CF/88, havendo votos que, em clara afronta ao texto constitucional, entenderam que o preceito visa apenas a dar publicidade (!?) à declaração de inconstitucionalidade por via incidental.
[116] Como ele próprio se referiu no seu HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, 323.
[117] *Ibid.,* p. 325.
[118] *Idem, ibidem*.
[119] Ao responder às críticas de Dworkin sobre a sua norma de reconhecimento, Hart afirma que, *segundo a teoria interpretativa de Dworkin, toda proposição jurídica que especifica o teor do direito a respeito de algum tema envolve necessariamente um juízo moral. Pois, segundo sua teoria interpretativa holística, as proposições jurídicas só podem ser verdadeiras se derivarem, junto com outras premissas, daquele conjunto de princípios que melhor se adaptam ao direito estabelecido – identificado por referência às fontes sociais do direito – e, ao mesmo tempo, melhor o justificam do ponto de vista moral. Essa teoria interpretativa holística abrangente tem, portanto, uma função dupla: serve tanto para identificar o direito quanto para justificá-lo moralmente.* (HART, *op. cit.,* p. 348).

deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores[120]-[121].

Assim também a análise de Cristina Queiroz[122], a propósito do fato de que o dever dos tribunais seria o de executar os amplos fins constitucionais, "fazendo" as leis necessárias e adequadas à sua concretização, ao ressaltar que

> *Expandir* ou *acrescentar* a constituição à luz dos seus (tribunais) próprios intentos é de facto *ir mais além* destes. É acrescentar um *novo fim* à norma constitucional. Existem diferentes opiniões quanto à questão de saber se a constituição se encontra ou não "defasada" face ao tempo. Podem existir, e de facto existem, diferentes posturas quanto à extensão judicial dos "fins constitucionais".

Torna-se cada vez maior a responsabilidade do Judiciário na interpretação das normas constitucionais, sobretudo diante do fato de que parece ser muito pequena a chance de algum assunto escapar à intervenção da jurisdição constitucional. Daí dizer Cristina Queiroz que *Nos Estados Unidos, depois da jurisprudência do Tribunal WARREN, parece difícil que algum assunto possa escapar* in toto *à intervenção dos tribunais na determinação do "direito aplicável"*[123].

Não se pode esquecer, é verdade, que o Ministro Eros Grau não foi o único a votar no sentido antes referido. O Ministro Menezes Direito, fazendo a mesma confusão que aqui se alerta entre sentença aditiva e interpretação conforme, propôs, a pretexto de aplicar esta última, o que segue:

> 1) no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, *dando interpretação conforme a Constituição*, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões "pesquisa" e "terapia" como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas

---

[120] *Ibid*., p. 352.
[121] Não se desconhece que Hart foi um grande defensor da discricionariedade do juiz, principalmente quando não se pode, pela norma social de reconhecimento, buscar na legislação (ou na aceitação dela) a resposta ao caso. Ademais, perceba-se que o próprio Hart não percebeu o fato de que, de um lado, criticou decisões arbitrárias, mas, ao mesmo tempo, admite que o juiz possa decidir de acordo com suas próprias *convicções e valores* (ou seja, um campo aberto para a *discricionariedade* judicial).
[122] QUEIROZ, *op. cit.,* p. 304.
[123] *Ibid.,* p. 305.

> com fins terapêuticos; 2) também no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, para que a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de 4 óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal; 3) no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão "embriões inviáveis" seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4) no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data da publicação dessa lei, depois de completarem 3 anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição; 5) no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores; 6) no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal, sendo considerado crime a autorização da utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização. (sem grifos no original)

Mesmo que se admitisse a vinculação estrita entre ambas as modalidades de aplicação da norma constitucional, é certo que a interpretação conforme também não pode ser uma *carta em branco* para que o intérprete possa escrever nela o que bem entender. Nesse sentido, Gilmar Mendes[124] ressalta que

> O *princípio*[125] da interpretação conforme à constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou

---

[124] MENDES. *Op. cit.,* p. 290.

[125] Preferível utilizar esse filtro hermenêutico como uma *técnica*, sobretudo ante o *panprincipiologismo*[125] vigorante no Brasil e denunciado por Lenio Streck: “*Positivaram os valores”:*

> ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante a pretensa interpretação conforme à constituição significa intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronuncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria[126].

Para melhor ilustrar a construção do raciocínio aqui empreendido, veja-se o que a Ministra Cármen Lúcia[127] decidiu no mesmo julgamento, percorrendo um caminho de autocontenção[128], em contrapartida aos votos com viés ativista (discricionário):

> Pelo exposto, voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para a) considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, e b) assentar *interpretação conforme* quanto à palavra terapia, incluída no caput e no § 2º, daquele mesmo artigo, a qual somente poderá se referir a tratamento levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica *aprovada nos termos da legislação vigente*. (sem grifos no original)

---

assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de "princípio", como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica" (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518).

[126] Convertendo-se, assim, numa *discricionariedade judicial*.

[127] Voto proferido na ADI 3.510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno/STF. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 20.05.13.

[128] Sobre o exercício da autocontenção judicial, veja-se o que consignou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MS 32.033/MC: *O exercício de autocontenção, enquanto prerrogativa básica do Estado Constitucional, por se configurar em dimensão do Princípio Republicano, comunica-se com o Intérprete da Constituição. E, como ensina Peter Häberle, este intérprete há de verificar o resultado de sua interpretação conforme a reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), levando em conta os fundamentos presentes e assumindo a possibilidade de mudanças: "Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais" (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição". Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. P. 42.). Esse modo de operar busca evitar que os integrantes do Poder Judiciário venham a definir explicitamente as pautas do Poder Legislativo, o que acabaria por obstar o exercício da função típica deste. Ao se extrapolarem os limites da autocontenção, necessários ao sistema de checks and balances, vê-se impedida a devida realização do projeto constitucional.* (Voto proferido no MS 32033/MC. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 09/04/13. Encontrado em www.stf.jus.br. Acesso em 21.05.13).

Perceba-se que, sem adentrar no campo próprio do Parlamento, a Ministra, aplicando corretamente a técnica da interpretação conforme, remeteu a questão aos métodos da pesquisa científica *aprovada nos termos da legislação vigente*.

Não é fácil perceber se estamos frente a um *caso-limite*[129]. Naquelas situações em que o texto constitucional não dá margem a outra solução, poder-se-ia até pensar na adoção da técnica da interpretação conforme, mas não se utilizar de uma decisão em termos aditivos. E ainda que se adote a técnica decisional de interpretação conforme, é grande a responsabilidade do aplicador com a coerência nos julgamentos. Quer dizer: ao apreciar casos semelhantes, deve o magistrado, fundamentando de forma ampla, perseguir esta coerência, a fim de dar o mesmo tratamento a caso pretérito. Ademais, deve ter em mente que o magistrado também faz parte de um contexto, de uma comunidade político-social (não obstante tenha que aplicar o direito em termos jurídicos), sempre observando de que modo um dado conceito é entendido por aqueles que o consideram importante.

Não há problemas graves em aplicar suas pré-compreensões, desde que saiba verificar quais são as compreensões daqueles que fazem parte do ambiente social em que está inserido, sobretudo da história institucional do Tribunal de que faz parte. Com efeito, Dworkin[130], tratando do seu mítico juiz Hércules, argumenta que

> É necessário, sem dúvida, que Hércules tenha algum entendimento do conceito (por exemplo) de dignidade, mesmo que desvalorize tal conceito. Ele obterá esse entendimento observando de que modo o conceito é usado por aqueles que o consideram importante. Se o conceito figurar na justificação de uma série de decisões constitucionais, deve ser importante para a retórica e os debates políticos da época. Hercules formará sua compreensão do conceito de dignidade examinando a vida desse conceito em tais contextos. Dará o melhor de si para entender a atração que essa idéia exerce sobre os indivíduos que a invocam e, na medida do possível, formulará a uma concepção capaz de explicar a atração que a idéia exerce sobre eles.

---

[129] Nesse sentido, veja-se as palavras de Streck: *Ou seja, quero chamar a atenção para o fato de que não há indicativos acerca de qual é o critério para se admitir certas doses de "ativismos" ou de como – à luz da teoria discursiva – devem ser epitetadas decisões como a que declarasse inconstitucional o salário mínimo ou a que cria nova hipótese de levantamento de FGTS, não prevista em lei* (*Op, cit.*, p. 200).

[130] DWORKIN, *op. cit.*, p. 199.

Não se quer execrar o *ativismo* judicial, até porque, em termos de democracia, ele se faz necessário na medida em que a Constituição é olvidada. Há uma autorização para praticar esse *ativismo*, mas em nome de uma concepção de direito como integridade, como *um romance em cadeia*[131]. O que se está a censurar é adoção de um “invencionismo atécnico” no qual o conhecimento do julgador não esgota o caso concreto, necessitando-se reconhecer que, em determinadas questões, o campo jurídico não se satisfaz por inteiro.

CONSIDERACÕES FINAIS

Não é de hoje que há uma *dicotomia* entre constitucionalistas e democratas[132]; é dizer: entre os que defendem a aplicação da norma constitucional como uma necessária função *contramajoritária*[133] e aqueles que entendem que o princípio da maioria deve sempre prevalecer[134]. Com efeito, a forma como se dá a jurisdição constitucional nesse campo é um caminho tortuoso.

Se é certo que a legislação deve ser sempre observada, por outro lado diversas vezes o juiz se vê frente aos chamados *hard cases*. Nesse momento entra a solução a ser dada pelo Judiciário. Todavia, o que se advertiu ao longo de todo o texto, é que a adoção de sentenças em termos aditivos atenta contra a democracia, fazendo parte do que se chamou de *discrição judicial*. A atuação judicial, que se distingue, de forma nítida, da legislativa, defere ao magistrado a liberdade de

---

[131] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF, 1999, Cap. VII.
[132] Sobre essa classificação, ver HOLMES, Stephen. **El Precompromisso y la Paradoja de la Democracia.** Disponível em http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/up/holmes.pdf. Acesso em 17/07/13.
[133] Ver BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**, 1986, p. 16.
[134] Advertindo, porém, sobre o perigo de se contrapor democracia e constitucionalismo, aduz Lenio Streck que *considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por ouras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein). Na verdade, a afirmação da existência de uma “tensão” irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais* (*Op., cit.*, p. 76).

escolha dentro das possibilidades do texto legal. Não se pode adotar essas técnicas para utilizar-se de “invenções jurídicas”.

O que se tentou deixar consignado é que, nada obstante a qualidade de sua formação jurídica, os juízes, muitas vezes, não têm capacidade de desenvolver por conta própria as investigações para a melhor solução ao caso concreto. Quando estiverem em jogo problemas sociais, econômicos e políticos de alta complexidade, o conhecimento da doutrina e da jurisprudência será largamente insuficiente para o bom exercício da função jurisdicional. Isto é especialmente válido se entendermos que o juiz deve *sempre* construir a melhor decisão para cada caso[135].

---

[135] CUNHA, *op. cit.,* p. 528.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**, 1986.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - Ativismo judicial. *In:* **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

CUNHA. José Ricardo. Possibilidade e limites da criatividade judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). *In:* **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional**. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

______. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOLMES, Stephen. **El Precompromisso y la Paradoja de la Democracia**. Disponível em http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/up/holmes.pdf.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

______. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo**. Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Regiao, n. 12, mar. 2007.

QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da construção Constitucional. Lisboa: Editora Coimbra, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Ley, Principios, Derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional Via Decisões Aditivas. Limites e Legitimidade**. Dissertação submetida ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Orientador: Ney de Barros Bello Filho. Brasília, 2012, p. 88.

CAPÍTULO 6

O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E A RESOLUÇÃO N. 175/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de Souza[136]

DOI 10.11117/9788565604233.06

Resumo: O trabalho busca analisar, à luz da atual jurisprudência e da legislação brasileira, a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe “sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”. Em primeiro lugar, serão apresentados os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que deram ensejo à edição da referida resolução, os quais trouxeram em seu cerne o sentido e o alcance do disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Na sequência, serão destacadas as atribuições do referido Conselho, a fim de perquirir se a competência para expedir atos regulamentares alcançaria a possibilidade de edição do ato normativo em comento. Por fim, serão feitas breves considerações acerca do chamado “ativismo judicial” para que se possa analisar se o Poder Judiciário, ao regulamentar o casamento civil homoafetivo, estaria usurpando da competência do Legislativo.

Palavras-chave: Casamento civil homoafetivo. Conselho Nacional de Justiça. Expedição de atos regulamentares. Ativismo judicial. Ofensa ao devido processo legislativo.

Abstract: The paper seeks to examine, in the light of current case law and legislative Brazilian Resolution n. 175/2013 of the National Council of Justice (CNJ), which

---

Analista Judiciária – Área Judiciária do Superior Tribunal de Justiça, pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Brasília e mestranda em Constituição e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público.

states that "on the license, civil wedding celebration, or conversion of a stable union in marriage between people of the same sex." Firstly, we present the precedents of the Supreme Court and the Superior Court that gave rise to the issue of the resolution, which brought in his heart the meaning and scope of Article 226, § 3º, of the Constitution. Following, will highlight the duties of the said Council, to research the competence to issue regulatory acts reach the possibility of editing the normative act under discussion. Finally, brief remarks will be made about the so-called "judicial activism" to be able to analyze the Judiciary, to regulate civil marriage between persons of the same sex, would be usurping the powers of the legislature.

INTRODUÇÃO

Em 14/5/2013, foi editada a Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada no Diário da Justiça (DJ) de 15/5/2013, a qual "dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo."

Nos termos desse ato normativo, "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo" (artigo 1º), sendo que a recusa à efetivação dos referidos procedimentos "implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis", nos termos do artigo 2º da resolução.

Esse é o seu conteúdo normativo, desenvolvido em apenas dois artigos da resolução, cabendo ao terceiro – e último – tratar apenas da vigência de seus dispositivos: "Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação."

Em 21/5/2013, o Partido Social Cristão (PSC) ajuizou mandado de segurança – MS n. 32.077/DF – no Supremo Tribunal Federal (STF) contra ato da Presidência do Conselho Nacional de Justiça consistente na edição da referida resolução.

Segundo o PSC, ao dispor sobre a questão, o CNJ violou direito líquido e certo de todos os seus filiados de discutir e votar a matéria no âmbito do Poder Legislativo, impedindo, assim, a sua manifestação sobre o tema.

O PSC considera que a resolução em comento não pode ter validade sem ser submetida ao devido processo legislativo, ocasião em que o partido poderá exercer suas prerrogativas legais e constitucionais, bem como expressar sua vontade nos limites de sua orientação partidária, seguindo os princípios cristãos e estatutários norteadores da vontade de seus filiados e congressistas. Para o partido, “houve abuso de poder do presidente do CNJ ao buscar legislar, apropriando-se de prerrogativas do Congresso Nacional”.[137]

O PSC defende que qualquer projeto de lei dessa natureza jamais terá sua aprovação. “O PSC é totalmente contrário à união entre pessoas do mesmo sexo e sempre se posicionará neste sentido, no exercício de suas prerrogativas legais, junto ao Congresso Nacional”.

Ainda, argumenta que, quando do julgamento da ADPF n. 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal teria apenas reconhecido a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não se pronunciando sobre casamento civil. Ressalta que “O temor que aqui se assevera é do sentimento de que, usurpando o poder de legislar do Congresso Nacional e cobrindo a Resolução com o efeito de decisões anteriores do STF sobre assuntos apenas correlatos, norteando e dilatando o objeto das ações, o CNJ estaria também inovando com tal decisão”.

Na ação constitucional, o PSC sustenta que, a partir das regras de interpretação e considerando a natureza das relações jurídicas, só seria possível, no universo das entidades familiares, a união entre homem e mulher, ou seja, entre pessoas de sexos diferentes. Para se apoiar nesse entendimento, menciona o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Acrescenta que, para as parcerias homossexuais, estão assegurados apenas efeitos jurídicos no campo do Direito das Obrigações e do Direito das Sucessões.

O impetrante requereu, liminarmente, a suspensão dos efeitos da resolução e, no mérito, o sobrestamento de sua vigência até posterior decisão do Congresso Nacional sobre a questão.

---

137 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239066>. Acesso em 1º.jul.2013.

Em decisão publicada no DJ de 31/5/2013, o Relator, Ministro Luiz Fux, indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução de mérito, pela inadequação da via eleita. Para o Relator, o mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo, revela-se instrumento inidôneo para impugnar a referida resolução, porquanto o ato contestado possui nítido perfil normativo, “na medida em que disciplina, de forma genérica, abstrata e impessoal, a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.” (p. 5). Dessa forma, ante a sua natureza primária, entendeu o Ministro Relator que a resolução expõe-se ao controle abstrato de constitucionalidade, e não à via incidental do mandado de segurança.

De mais a mais, o Relator também não vislumbrou nenhuma ofensa a direito líquido e certo dos membros ou filiados do PSC, “ante o reconhecimento do poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, nos autos da ADC nº 12”. (p. 12).

2 Os precedentes da Resolução

Fundamenta-se a Resolução n. 175/2013 nos acórdãos proferidos nos autos do REsp n. 1.183.378/RS, no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) “decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo”, bem como na ADPF n. 132/RJ e na ADI n. 4.277/DF, em que o Supremo Tribunal Federal “reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo”.

Em todos esses julgados, a controvérsia girou em torno do sentido e do alcance da exegese do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “(...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Quando do julgamento do REsp n. 1.183.378/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes – K. R. O. e L. P., duas mulheres – estivessem impedidas de contrair matrimônio.

Consta dos autos do referido apelo especial que duas mulheres ajuizaram pedido de habilitação para o casamento perante a Vara de Registros Públicos e de Ações Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre/RS, afirmando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casassem. A sentença, no entanto, julgou improcedente o pedido de habilitação, por entender que o casamento, tal como disciplinado pelo Código Civil de 2002, somente seria possível entre homem e mulher. Em grau de apelação, a sentença foi mantida.

No recurso especial, interposto com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, as recorrentes alegaram ofensa ao artigo 1.521 do Código Civil de 2002, defendendo que o mencionado dispositivo legal – que prevê os impedimentos para o casamento – não indica como tal a identidade de sexos. Assim, defenderam que deveria ser aplicada a regra segundo a qual, no direito privado, o que não está expressamente proibido está permitido, de maneira que estariam as recorrentes habilitadas para o casamento.

O Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, destacou que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo atual Código Civil (artigo 1.723) e pela Constituição Federal (artigo 226, § 3º) foram afastados pela Corte Superior de Justiça[138] e pelo Supremo Tribunal Federal[139] para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo – denominada de "união homoafetiva".

Ainda, asseverou que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado a única possibilidade para a constituição de família "e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana" (p. 13).

Argumentou, outrossim, que, na medida em que a própria Constituição Federal afasta a vinculação da família ao casamento, seria corolário daí, em alguma

---

[138] Nesse sentido, mencionem-se os seguintes julgados: Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1.085.646/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11/5/2011, DJe 26/9/2011; REsp n. 827.962/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21/6/2011, DJe 08/08/2011.

[139] Na ocasião, o Ministro Relator salientou que o Supremo Tribunal Federal, "no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto)."

medida, o interesse da Carta Magna pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo. Assim, o mais importante, segundo o Relator, seria como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado, destacando que o vínculo que confere maior segurança jurídica às famílias é o casamento civil.

Nesse contexto, ponderou que essa, ao que tudo indica, deve ser a interpretação conferida ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ao estabelecer que, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Na sequência, o Relator argumentou que:

> O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos **objetivos fundamentais da República** - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**" (art. 3º, inciso IV, da CF/88). (p. 15).

Salientou, ainda, que o direito à igualdade somente se concretiza com plenitude se for garantido o direito à diferença, sendo certo que entendimento diverso não se mostra compatível com uma ordem constitucional que prevê o princípio do livre ordenamento familiar (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal).

Finalmente, o Ministro Relator concluiu que, “enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.” (p. 24).

Já nos julgamentos da ADI n. 4.277/DF e da APDF n. 132/RJ, ambas propostas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado a fim de conferir interpretação

conforme ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002[140], para dele excluir qualquer significado que pudesse impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", aplicando às uniões homoafetivas o regime da união estável.

Vê-se, assim, que ambas as ações constitucionais fundamentam-se em uma alegada violação a preceitos fundamentais (como o da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade, da dignidade da pessoa humana), nos frequentes indeferimentos de direitos aos homossexuais e no modo juridicamente reducionista com que são tratados os segmentos sociais dos homoafetivos.

3 Os limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

As atribuições desse órgão estão exaustivamente elencadas no artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal, *verbis*:

> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
> I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
> II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

---

[140] "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.
§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.
§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável."

> III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;
> IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
> V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
> VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
> VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Pode-se dizer que o CNJ é um órgão de planejamento estratégico do Poder Judiciário, tanto no campo orçamentário quanto no da celeridade, transparência, segurança, democratização e aparelhamento tecnológico da função jurisdicional do Estado.

3.1 Os limites para a expedição de “atos regulamentares”

O cerne da controvérsia insere-se no inciso I do § 4º do artigo 103-B, que estabelece o seguinte:

> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
> I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo **expedir atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (grifos próprios).

Daí a necessária discussão acerca dos limites para a expedição de “atos regulamentares”. Quando do julgamento do MS n. 27.621/DF, ocorrido em

7/12/2011[141], o Supremo Tribunal Federal asseverou que atos regulamentares “são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão”.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos julgados, o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça. No MS n. 27.621/DF, por exemplo, o Plenário da Corte Suprema considerou válido ato do CNJ que obrigou todos os juízes do país, com função executiva, a se cadastrar no Sistema BACEN JUD. Já nos autos da ADC n. 12/DF, de Relatoria do Ministro Ayres Britto, foi reconhecida a constitucionalidade da Resolução n. 7/CNJ, que proscrevia a prática denominada de nepotismo.

Assim, dúvidas não há acerca do poder regulamentar do CNJ quando se trata de regulamentação *interna corporis* do Poder Judiciário nacional.

Não obstante, não se pode ampliar de tal modo, como se fez na Resolução n. 175/2013, o poder regulamentar desse órgão de funções tipicamente administrativas.

Com efeito, parece inadmissível que o Conselho possa, mediante a expedição de atos regulamentares (no caso, de resolução), substituir-se à vontade geral expressa pelo Poder Legislativo. Na verdade, da leitura da Constituição Federal, não se depreende, em momento nenhum, que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha “delegado” ao CNJ o poder de romper com o princípio da reserva de lei e da reserva de jurisdição.

Em artigo intitulado “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)", Lenio Luiz Streck *et al.* lecionam que:

> O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias

---

[141] Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Relator p/ acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 11/5/2012.

> fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe – e é nesse sentido a lição do direito alemão – regulamentos de substituição de leis (gesetzvertretende Rechtsverordnungen) e nem regulamentos de alteração das leis (gesetzändernde Rechtsverordnungen). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar.
> (...)
> Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. (…) Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. [142]

Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça, embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário, constitui órgão com competências exclusivamente administrativas e correicionais, não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc) com força de lei cujos reflexos possam avançar sobre direitos e garantias individuais ou coletivos.

Destaque-se que não se trata, aqui, de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais, até porque, se for para adentrar nessa discussão, já ressalto, desde logo, que sou absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuada pela via adequada, que é a do devido processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal.

4 O ativismo judicial – violação ao devido processo legislativo

No atual cenário político, a sociedade se depara, de forma recorrente, com uma atuação protagonista do Poder Judiciário, apresentado, via de regra, como um fenômeno decorrente da evolução do Estado Democrático de Direito. Ocorre, todavia, que, em virtude dessa manifestação pró-ativa do Poder Judiciário, algumas reflexões tornam-se necessárias, especialmente considerando os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

---

[142] STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/cnjmp.doc.> Acesso em 28.jun.2013.

Assim, certo é que a tomada de decisões pelo Poder Judiciário envolvendo questões de largo alcance social, implementação de políticas públicas ou mesmo escolhas morais em temas controvertidos na sociedade exige uma reflexão cuidadosa.

4.1 Em busca de uma delimitação conceitual sobre o "ativismo judicial"

Segundo Leal[143], no ano de 1947, numa análise das divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, a utilização da expressão *judicial activism* veio à tona, pela primeira vez, em contraponto ao termo *self restraint*[144], ambos fazendo referência a posições da Suprema Corte quanto a temas controvertidos e impregnados, pela sua polêmica, de forte conotação política, por afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos cidadãos.

Ao que consta, quem primeirou lançou a expressão ao público foi o jornalista norte-americano Arthur Schlesinger Jr., em um artigo publicado na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, intitulado *The Supreme Court: 1947.* O autor, na verdade, não estava impulsionado por nenhum propósito de formular alguma teoria sobre o papel do Poder Judiciário; "ao contrário, a matéria se concentrava em revelar as antipatias que os juízes nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais, vistas como a melhor explicação para as polarizações de mérito nas questões levadas ao Tribunal".[145] Assim, apesar de ter cunhado o termo, Schlesinger não definiu o conceito de "ativismo judicial", tampouco apresentou critérios para classificar uma postura ou decisão como tal.

---

[143] LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal. Fórum: 2010, p. 24.

[144] Segundo Saul Tourinho Leal, *self restraint* "trata-se de postura da Suprema Corte que opta por não decidir ou, quando o faz, prefere caminhar por filigranas jurídicas esquivando-se do real debate que lhe fora lançado." (p. 43)

[145] BRANCO, Paulo Gustavo G. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.** In: *As novas faces do ativismo judicial.* Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. Salvador: JusPodivum, 2011.

Keenan Kmiec[146], em estudo sobre o tema, identificou duas linhas de atuação da Corte Suprema na época no *New Deal*: a primeira entendia que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes; já a segunda defendia uma postura de autocontenção do Poder Judiciário, deixando o regramento das políticas públicas ao poder eleito pelo povo. A primeira linha de atuação foi denominada pelo autor de ativismo judicial, uma vez que, não obstante seu caráter politicamente progressista, poderia representar uma ameaça à democracia, porquanto as decisões básicas envolvendo proteção de direitos fundamentais deveriam ser adotadas por instituições eleitas democraticamente.

Vê-se, portanto, que o termo não possui um significado unívoco, sendo até mesmo impossível a delimitação conceitual exata do que seja "ativismo judicial".

Lenio Luiz Streck *et al.*, nesse contexto de multiplicidade e de incertezas que envolvem a definição do termo, observam que, na verdade, o mais correto seria dizer que não há como determinar a "bondade" ou a "maldade" de um determinado ativismo judicial, de maneira que o mais correto seria dizer que certas questões – como a ora analisada – não devem ser deixadas para serem resolvidas pela simples vontade do Poder Judiciário.[147]

O presente artigo ampara-se basicamente na ideia de ativismo como crítica à atuação dos juízes que interferem em questões sociais controvertidas que deveriam ser decididas pelo poder legitimado pelo voto popular – no caso, o Poder Legislativo.

4.2 O casamento civil homoafetivo como expressão do ativismo judicial

Em relação ao julgamento da ADPF n. 132/RJ, pode-se depreender do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, que, ao contrário do estabelecido na Constituição de 1967, que dava ênfase à constituição da instituição família pela via

---

[146] KMIEC, Keenan. **The origin and current meanings of "judicial activism"**. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1447.
[147] STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario> Acesso em 5.jul.2013.

do casamento civil, na Constituição Federal de 1988, *ex vi* do disposto no artigo 226, o enfoque é na família, podendo essa ser formada por várias formas, inclusive por pessoas do mesmo sexo, segundo interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quando do referido julgamento.

Vale dizer, no julgado mencionado, a Corte Suprema equiparou a união homoafetiva com a união estável entre homem e mulher, como novos modelos de entidades familiares. Não se estava, na verdade, assentindo na possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, já que, nesse caso, existem óbices e requisitos legais a serem modificados pelo Poder Legislativo.

Aliás, o próprio Ministro Gilmar Mendes divergiu quanto à fundamentação, aduzindo, para tanto, que:

> É importante retomar o argumento dos limites e possibilidades de utilização, neste caso, da técnica de interpretação conforme à Constituição. É que a nossa legitimação como Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, há de haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o artigo 226, § 3º, multicitado:
> ‘§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.
> Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.
> Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição.
> É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado.
> Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da

> liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual.
> Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso mais uma vez dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa, em que, quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de uma ou outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos. (p. 30-31).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar concluiu a divergência com a observação de que estaria limitando-se a reconhecer a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos próprios e distintos daqueles utilizados pelo Relator, Ministro Ayres Britto, e, com base na Teoria do Pensamento do Possível, determinou que fosse aplicado um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável – naquilo que fosse cabível, deixando de se pronunciar sobre outros desdobramentos.

Adiante, o próprio Ministro Joaquim Barbosa destacou que, ao anuir com o reconhecimento da união homoafetiva, não o fazia com fulcro no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, o qual dispõe claramente sobre a facilitação da união estável heterossexual em casamento civil.

Observa-se, assim, que, em nenhum momento, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, de modo autorizador, sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo sem a devida mudança na legislação.

Nesse contexto, pode-se dizer que a utilização da técnica da "interpretação conforme" utilizada pelo STF nos julgamentos da ADI n. 4.277/DF e da APDF n. 132/RJ acabou inovando a ordem constitucional brasileira por outra via que não a adequada, que é a do Poder Legislativo. Na verdade, não havia – como ainda não há – fundamento constitucional ou legal para o que foi decidido, ressaltando-se que não se pode utilizar a interpretação conforme a Constituição para se obter uma regra nova e distinta daquela almejada pelo legislador.

Assim, a questão que envolve a Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça é deveras grave, porque não só desrespeitou a Constituição Federal e o Código Civil, instituindo a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo sem a devida competência para isso, como também inovou em relação à

decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, que foi tão somente no sentido de equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, como nova modalidade de entidade familiar.

Ademais, embora no julgamento do REsp n. 1.183.378/RS tenha sido admitida a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo – no caso, entre duas mulheres –, não se pode olvidar que essa decisão aplica-se tão somente às partes envolvidas no processo, não tendo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como é o caso das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

O cientista político Bradley C. Canon[148], aliás, entre as seis dimensões de ativismo judicial que ele enumera, aponta a “interpretive fidelity”, que, traduzindo, seria uma infidelidade interpretativa, ou seja, quando a interpretação dada pelo Poder Judiciário não consoa com o propósito da lei. No caso de união homoafetiva, observa-se que tanto o STF quanto o STJ interpretaram a expressão *casamento* de forma ampla, uma vez que o casamento sempre foi entendido como a união entre o homem e a mulher.

Esse alcance dado pelo Supremo Tribunal Federal ao termo *casamento* é temerário, na medida em que a Constituição Federal acaba deixando de ser o que efetivamente ela é por um simples juízo da Suprema Corte. Na verdade, delegar tais questões ao Judiciário acaba fragilizando a própria produção democrática do direito, cerne da democracia.

Ademais, no caso presente, a atuação do Judiciário não atinge simplesmente a atuação do legislador ordinário, mas provoca um rompimento com a própria ordem constitucional, alterando formalmente o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre **o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (grifos próprios).

Vê-se, portanto, que o que a Constituição estabelece é que a lei deve facilitar a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher. Dessa forma, ainda que se seja a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo, é

---

[148] CANON, Bradley C. **Defining the Dimensions of Judicial Activism.** *Judicature*, 66.6, 1983.

necessário – já que estamos tratando de um Estado Democrático de Direito – esperar a atuação do legislador. Não pode o STF funcionar como uma espécie de “atalho legislativo”.

Sobre essa questão, Lenio Luiz Streck *et al.* ponderam que:

> (...) a Constituição reconhece união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser “colmatada”, com um argumento kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido”.[149]

Assim, essa atuação do Poder Judiciário em casos como o presente pode gerar uma instabilidade institucional pela cissura provocada no texto constitucional por meio de um protagonismo da Corte Suprema. A segurança jurídica mostra-se ofendida, na verdade, não pela ausência de regulamentação legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas sim no momento em que o Poder Judiciário altera, a pretexto de um esquecimento do constituinte (ou mesmo de uma mora do legislador), a letra da Constituição como se Poder Legislativo fosse.

Ainda, o risco que exsurge desse tipo de resolução é que uma intervenção dessa monta pelo Poder Judiciário na sociedade produz consequências das mais variadas possíveis – no âmbito do Direito das Obrigações, no Direito de Família, das Sucessões, etc.

Destaque-se que há determinadas questões sociais que não podem ser resolvidas simplesmente pela via do “ativismo judicial”, ou seja, pela maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Ronald Dworkin, em *Virtude Soberana*, lembra que, em um regime democrático, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. Para o autor, sempre que estiver em jogo uma questão de princípio, o Poder Judiciário pode – e deve – intervir. Não obstante, esse Poder não poderia exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade, uma vez que a democracia não poderia ficar ao livre arbítrio

---

[149] STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario> Acesso em 5.jul.2013.

de determinados representantes do Poder Judiciário, sob pena de se pôr em xeque os próprios interesses que se busca tutelar – no caso, o dos homossexuais –, uma vez que a regulamentação dessas matérias dependeria da simples "opinião" ou mesmo da mera vontade dos ministros da Corte Constitucional.[150]

Nesse contexto, a decisão a ser tomada no caso de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, justamente pela importância da qual está dotado, precisa ser construída no âmbito do Poder Legislativo, por meio do devido processo legislativo (conforme prevê a Constituição Federal especialmente em seu artigo 59 e seguintes), no contexto de uma sociedade dialogal, não podendo ser simplesmente resolvida por determinação de um órgão do Poder Judiciário, até porque alguns temas ainda são bastante controvertidos na sociedade, como o caso de adoção de crianças por casais homoafetivos. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, até para que a decisão seja revestida pelos princípios de um Estado Democrático de Direito.

A par da complexidade do tema e do dissenso político a ele associado, não se pode olvidar que o Poder Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação justa e satisfatória.

Aliás, destaque-se que tramita no Congresso Nacional o projeto de lei do Estatuto da Diversidade Social (Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006), de iniciativa popular, o qual "visa a promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos." O referido projeto de lei já foi votado na Câmara dos Deputados, estando pendente de votação no Senado Federal. O Presidente desta Casa, o Senador Renan Calheiros, assumiu com a Ministra Maria do Rosário, titular da pasta dos Direito Humanos, o compromisso de priorizar a votação desse projeto de lei.[151]

---

[150] DWORKIN, Ronald. **Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
[151] Disponível em <http://noticias.gospelmais.com.br/senado-compromisso-governo-acelerar-votacao-plc-122-54953.html> Acesso em 2.jul.2013.

Por enquanto, como não houve mutação legislativa, pode-se dizer que ainda não há, efetivamente, a institucionalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Faz-se necessário o ajuizamento de processo no Juízo Estadual da Vara de Família competente para que seja requerida a habilitação para o casamento.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, resta evidente que o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução n. 175/2013, desbordou da competência que lhe foi conferida pelo artigo 103-B, § 4º, da Constituição da República, uma vez que a possibilidade de celebração de casamento civil homoafetivo, com todas as consequências daí decorrentes, não está abrangida pela competência do Conselho de expedir atos regulamentares.

Assim, o que se observa é que o Conselho Nacional de Justiça não só desrespeitou a Constituição Federal e o Código Civil, instituindo a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo sem a devida competência para isso, como também inovou em relação à decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, que foi tão somente no sentido de equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, como nova modalidade de entidade familiar.

Ainda que se reconheça como auspiciosa a iniciativa do CNJ em estimular a igualdade social, a atividade administrativa desse Conselho não pode adentrar no campo do Poder Legislativo e trasmudar-se em atividade legiferante a ponto de dar ares de imposição.

Na verdade, faz-se necessário que a regulamentação do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo ocorra no âmbito do Poder Legislativo, por meio do devido processo legislativo, conforme previsto especialmente no artigo 59 e seguintes da Constituição Federal, e não por uma simples determinação de um órgão do Poder Judiciário – no caso, o Conselho Nacional de Justiça.

Referências bibliográficas

BRANCO, Paulo Gustavo G. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.** In: *As novas faces do ativismo judicial.* Orgs. André Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. Salvador: JusPodivum, 2011.

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, 66.6, 1983.

DWORKIN, Ronald. **Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of “judicial activism”. California Law Review, v. 92, 2004.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal. Fórum: 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Normas constitucionais inconstitucionais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario> Acesso em 5.jul.2013.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/cnjmp.doc.> Acesso em 28.jun.2013.

CAPÍTULO 7

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO Nº 670,708 E 712 E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NA MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA.

Divaldo Pedro Marins Rocha
DOI 10.11117/9788565604233.07

Resumo: Trata-se de uma breve análise acerca do caminho que nossa Suprema Corte vem trilhando no que tange as sentenças de caráter normativo, bem como os limites de seu desempenho legítimo, expressamente delimitada pela Constituição. A título de exemplo, utiliza-se os julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, no suprimento de uma inércia legislativa, a partir dos quais se permitiu concretizar aos servidores públicos o direito de greve, assegurado constitucionalmente pelo Art. 37, VII da Constituição Federal de 1988.
Palavras-Chave: Ativismo judicial; Mandado de Injunção; Separação de poderes; Democracia.

Introdução

Neste trabalho será analisada a problemática em torno da natureza das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – STF, quando na ocorrência do chamado ativismo judicial, buscando evidenciar até que ponto os julgados desta Corte Constitucional mantém seu caráter jurídico, ou passando às vestes de uma decisão política. Nesse passo, tomaremos como parâmetro os julgados dos Mandados de Injunção nº 708, 670 e 712, que tratam do direito de greve de servidores públicos, onde o STF supre a inércia legislativa, uma vez que na ausência de lei que discipline tais direitos aos servidores públicos, utiliza os ditames da Lei 7.783/89, que define e regulamenta o direito de greve dos trabalhadores do regime privado, aplicando com algumas devidas adequações também aos servidores públicos.

Para melhor compreensão do tema aqui tratado, analisaremos preliminarmente o surgimento e utilização do termo Ativismo Judicial, assim como o desenvolvimento e atuação jurisdicional da Suprema Corte brasileira no julgamento de Mandados de Injunção. Ademais, buscaremos demonstrar, através da apreciação de casos práticos, que nosso Tribunal Constitucional, em certas situações, é questionada de suas atribuições legitimamente conferidas pela Constituição ao suprir a inércia legislativa do Poder Legislativo, recebendo ainda críticas por supostamente ferir a tripartição de poderes, estabelecidos constitucionalmente, onde o termo ativismo judicial é utilizado sem contornos precisos e usado ainda pejorativamente.

Dessa forma, percebe-se que o intuito do presente trabalho não está focado em definir o termo ativismo judicial, ou apreciar a legitimidade da atuação do Supremo tribunal Federal, mas evidenciar a inevitável evolução da interpretação constitucional no intuito da preservação de preceitos constitucionais. Desta forma, traremos, a atuação do STF em julgados de Mandados de Injunção a título exemplificativo, como demonstração do ativismo judicial, respeitando a tripartição de poderes, numa concepção mais coerente com os avanços da sociedade brasileira e na manutenção da democracia.

O Ativismo judicial

Desde seu surgimento, num artigo de Arthur Schlesinger Jr., historiador e crítico social americano, na revista americana “The Fortune”, ao descrever as divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947, o termo ativismo judicial tem sido utilizado sem que tenha seus contornos precisamente definidos.

Desde sua utilização na América, como a importação do termo para utilização em nossa sociedade, existe uma imprecisão no termo ativismo judicial, que em sua maioria das vezes é apresentado seja pela mídia ou no senso comum da sociedade de uma forma de extrapolação da jurisdição do Poder Judiciário, trazendo ainda inovações aos julgados, o que desperta críticas sobretudo sob a ótica dos legisladores.

Michael Perry defende o ativismo judicial como meio para que os tribunais forneçam respostas moralmente corretas a questões políticas e axiológicas fundamentais, rejeitando o que denomina ceticismo moral.[152]

Há quem entenda o ativismo judicial, como uma ameaça a tripartição de poderes, onde o STF em seus últimos julgados tem extrapolado sua jurisdição, em decisões que supostamente ultrapassam seu caráter normativo, a ponto de ser visto por alguns críticos como típica atividade legislativa.

De fato, decisões inovadoras têm surgido nos julgados da Suprema Corte nos últimos anos, que são sido alvo das mais variadas críticas. Estaria o poder judiciário usurpando funções do poder legislativo ameaçando a tripartição de poderes, ou atuando dentro das atribuições conferidas pela Constituição Federal como corte guardiã dos preceitos fundamentais e da democracia?

3 O Mandado de Injunção e sua efetividade desde a Constituição Federal de 1988

Temos o Mandado de Injunção em nossa constituição Federal de 1988 capitulado no art. 5º LXXI, que dispõe que este deverá ser concedido sempre à falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

O Mandado de Injunção conta ainda com a proteção do art. 60, § 4º, inc. IV, uma vez que qualquer tentativa de retirá-la do texto constitucional, entender-se-ia como uma forma de abolir ou restringir direitos e garantias fundamentais do cidadão.

De acordo com o ensinamento de UADI LAMMÊGO BULOS, “o mandado de injunção tem a natureza de uma ação civil, de caráter essencialmente mandamental e procedimento específico, destinado a combater a síndrome da inefetividade das constituições”[153].

---

[152] Michael Perry, “Judicial Activism”. Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

[153] BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo. Saraiva, 2007.

No entanto, desde que tal remédio constitucional tem sido utilizado, somente a partir de 2007 podemos aferir uma considerável evolução em seus julgados, pois até então nos julgamentos de Mandados de Injunção, o STF limitava-se a declarar que de fato existia uma inércia legislativa, determinando ao poder legislativo que tal lacuna fosse suprida em um determinado prazo.

Desta forma, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, até por volta de 2007, ou seja , por mais de 18 anos, podemos dizer que o Mandado de Injunção tinha pouca ou quase nenhuma efetividade, pois por diversas vezes, mesmo com expressa determinação do STF para que se cumprisse a lacuna legal existente, o Poder Legislativo permanecia inerte.

De fato, a atuação do STF cumpre garantir que os preceitos constitucionais permaneçam protegidos e somente a partir do julgamento de Mandados de Injunção tidos como emblemáticos (julgamentos de nº 670, 708 e 712) temos a atuação do STF nos julgamento de Mandados de Injunção mais coerente em seu papel de concretizador de direitos fundamentais do cidadão.

4.1 Julgados emblemáticos de Mandados de Injunção

Por mais de 18 anos, teve-se uma certa resistência de ser atribuir uma função inovadora, porém que mais se apresentasse como pertinente para uma real efetividade dos Mandados de Injunção, possibilitando a concretização de direito fundamentais garantidos pelo texto constitucional.

Desta forma, nos cabe explicitar as inovações trazidas por estes emblemáticos julgados em sede de Mandado de Injunção, revelando uma atuação do Supremo Tribunal Federal que pode ser considerado como Ativismo Judicial, pois preenche uma lacuna deixada pelo legislador, sem contudo desempenhar função legislativa, aplicado para o caso em tela nos referidos Mandados de Injunção, a Lei 7.783/1989, que trata e regulamenta direito de greve do trabalhador privado.

Neste sentido se pronunciou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto vista no julgamento do Mandato de Injunção de nº 670**:** “Na sessão de 07.06.2006, o Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, conheceu do writ e acolheu a pretensão “tão-

somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos".

A solução proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, no caso sob análise, como visto, filia-se, exatamente, à terceira corrente de pensamento, nos termos da sistematização do tema desenvolvida pela doutrina brasileira, afinando-se com os votos minoritários mencionados. Sua adoção sustenta-se, essencialmente, na preocupação em conceder-se plena efetividade às normas constitucionais e na aceitação de um modelo de separação de poderes mitigado.

Ora, a efetividade das normas constitucionais, em especial a "operatividade dos direitos fundamentais", nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente da Corte Suprema da Argentina[154], não sem razão, representa tema caro aos constitucionalistas estrangeiros e nacionais. Estes, de um modo geral, reconhecem que o mandado de injunção pode e deve consubstanciar instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, abrigado no art. 5o, § 1o, da Carta Magna.

Para que isso ocorra, não há dúvida, é preciso superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada[155], sem que isso implique a superação da tese original de Montesquieu.

Percebe-se pelo voto do Ministro, que a solução encontrada para suprir a inércia do legislativo em produzir lei que regulamente o direito de greve dos servidores públicos é utilizar a Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o direito de greve dos trabalhadores privados.

Seu voto ainda demonstra a necessidade de se ter uma visão não estática da tripartição dos poderes, relevando ainda que o julgado não extrapola a competência ou legitimidade da Suprema Corte conferida pela Constituição Federal, pois

---

[154] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria de la decisión judicial. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 118-119*

[155] ALAS, Leopoldo Tolívar. *Derecho Administrativo y Poder Judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 14.

permanece essencialmente, na preocupação em conceder-se plena efetividade às normas constitucionais.

Outra característica importante do julgado tido como inovador, é o ponto que tal aplicação solucionadora da Lei *7.783/1989,* terá lugar tão somente enquanto o Poder Legislativo não edite norma específica que regulamente o direito de greve do servidor público.

Mesmo alvo de críticas por alguns, numa suposta atividade legislativa por parte do STF em utilizar elementos de dispositivos legal aplicável aos trabalhadores celetistas com algumas adequações, pode se perceber pela inteligência do voto mencionado, que a atuação do STF mostra-se na manutenção de preceitos fundamentais, assim como garantir sua efetividade sem contudo extrapolar sua competência e legitimação conferida pela Constituição Federal.

Percebe-se ainda no voto do Ministro, sua preocupação em não ameaçar ou superar a tese original de Montesquieu, porém busca-se fazer uso de uma visão menos estática da atribuição de cada poder, onde uma atuação compartilhada não fere à tripartição de poderes, sobretudo na complexidade atual do estado e da sociedade, na busca da manutenção de um governo democrático e na defesa de preceitos constitucionais.

Importante ainda avançarmos no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, agora no julgamento do Mandado de injunção de nº 708: ”Em julgamentos anteriores sobre o mesmo tema, manifestei meu entendimento de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário. E essa é visivelmente a tendência do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência acerca do instituto vem evoluindo de forma firme e progressiva, como, aliás, demonstra o voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, Relator deste mandado de injunção.

É bem verdade que, no passado, ainda no início dessa evolução jurisprudencial, os limites assinalados pelo Supremo à decisão judicial em mandado de injunção foram objeto de críticas por parte de alguns doutrinadores, que os

consideravam excessivamente angustos.[156] Mas esses limites foram sendo paulatinamente ampliados.

Temos ainda como emblemático e inovador o julgamento do Mandado de Injunção nº 712, suprindo inércia legislativa, no qual nos pertine destacar o voto do Ministro Celso de Melo: "Em suma, Senhora Presidente, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis. Por tais razões, Senhora Presidente, peço vênia para acompanhar os doutos votos dos eminentes Ministros EROS GRAU (MI 712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), em ordem a viabilizar, desde logo, nos termos e com as ressalvas e temperamentos preconizados por Suas Excelências, o exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve, até que seja colmatada, pelo Congresso Nacional, a lacuna normativa decorrente da inconstitucional falta de edição da lei especial a que se refere o inciso VII do art. 37 da Constituição da República.

Percebe-se assim, nos julgados tomados como exemplos, uma atuação do STF vista como um ativismo judicial; por mais que possa aparentar para alguns uma possível forma de legislar pelo STF, revela-se a outros tão somente como uma decisão de caráter normativo, com o objetivo maior na concretização e efetividade

---

[156] SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de garantia social no direito constitucional luso-brasileiro. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, ano XXXII, vol. 79, p. 138.

de direitos fundamentais do cidadão, sendo nos casos em tela, o exercício do direito de greve do servidor público.

Desta forma, restou suprida a inércia do Poder Legislativo, quanto à carência de regulamentação do art. 37, VII da Constituição Federal, aplicando-se alguns elementos da Lei *7.783/1989,* até que seja editada lei que regule de forma específica o direito de greve do servidor público.

5 Tripartição dos poderes e manutenção da democracia

Quando se fala em democracia e estado democrático de direito, não há como não falar em tripartição de poderes e como suas independentes atribuições ao mesmo tempo impedem usurpação de seus poderes perante os demais e zelam pela manutenção do governo democrático.

Temos a Constituição Federal que delimita a atual ação de cada um dos poderes, agindo como verdadeiros freios constitucionais, como bem colocado por Stephen Holmes[157] :"[...] *los frenos constitucionales, lejos de ser sistemáticamente antidemocráticos, pueden reforzar la democracia. El gobierno democrático, como toda creación humana, necesita de reparación periódica*." ou seja, os freios constitucionais, longe de serem sistematicamente antidemocráticos, podem reforçar a democracia, e como toda criação humana, necessita reparação periódica.

Esta reparação periódica, necessária pela própria evolução da sociedade, tem sido realizada em nosso país pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, sem contudo ameaçar a tripartição de poderes ou a democracia, uma vez que age na defesa da efetivação de direito fundamentais perante à inercia do Poder Legislativo.

Atuando o STF como intérprete último da constituição federal, o Poder Judiciário zela pela manutenção do estado democrático de direito que tem como um de seus pilares a tripartição dos poderes.

---

[157] HOLMES, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. in Elster e Slagstad (eds.) Constitucionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

Questiona-se a atribuição do STF como intérprete último dessas restrições constitucionais, e que a atribuição de revisão judicial ,em alguns casos seria antidemocrática, pois seria alguma das vezes contra majoritária, ou seja, contrária ao posicionamento da população ou do poder legislativo, o qual exerce a legítima representação popular.

Porém é justamente o Poder Legislativo que se mostra inerte ao deixar de produzir leis que assegurem a concretização de direito fundamentais insculpidos na Constituição Federal, mesmo após ser instado pelo STF a suprir lacuna que impeça o cidadão de realizar direitos fundamentais.

Se o Poder Judiciários, se limitasse a exercer suas atribuições de forma rígida face o padrões do passado, geraria uma instabilidade política e insegurança jurídica, ameaçadora à própria democracia e aos direitos humanos constitucionalmente protegidos.

Segundo Stephen Holmes a Constituição protege a sociedade dela mesma, impedindo que num instante de “miopia social” coloque em risco seus preceitos fundamentais.

Cabe portanto ao STF ser guardião dos preceitos fundamentais, dentro de suas atribuições conferidas pelo texto constitucional, acompanham a evolução da sociedade, observando os compromissos constitucionais, importantes para garantia de um governo de regime democrático.

Por fim, podemos ainda legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal com a teoria da interpretação construtivista desenvolvida por Ronald Dworkin[158], uma vez que a interpretação dos compromissos constitucionais não seria um obstáculo para o desenvolvimento de interpretações inovadoras a serem realizadas pelas gerações futuras, possibilitando o seu desenvolvimento, com a garantia de um núcleo básico de compromissos que propiciam a manutenção de um governo democrático em constante desenvolvimento.

---

[158] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Considerações finais

Mediante o presente estudo, vimos como o Supremo Tribunal Federal, nos julgados dos Mandados de Injunção utilizados à título de exemplo, pode exercer sua função de guardião da Constituição e da democracia, mesmo em atividades possíveis de se confundir como extrapolação de sua competência, numa aparente usurpação de funções do Poder Legislativo, revelando que, com seu ativismo judicial, independente de ser visto positivamente ou negativamente pela crítica, inova em seus julgados no intuito de concretizar a realização de direitos fundamentais.

Entretanto, o objetivo da presente obra não é avaliar o ativismo judicial como positivo ou negativo, ou fazer um prognóstico futuro quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal e das inovações em seus julgados, mas demonstrar que a preocupação do STF é assegurar a manutenção da Democracia, e por mais que, em alguns casos, seu ativismo judicial possa ser confundido como atividade puramente legislativa, supostamente invadindo competência do Poder Legislativo, o STF defende e assegura, além dos demais preceitos constitucionais, a tripartição de poderes.

Ressalte-se que os julgados apresentados a título de exemplo, além serem decisões de caráter normativo, trazem uma solução precária ou temporária, ou seja, valerá a aplicação da Lei *7.783/1989* tão somente enquanto não seja editada lei pelo Poder Legislativo, lei que regulamente o direito de greve do servidor público.

Entretanto, uma preocupação se fez presente neste trabalho: a de que os julgados da nossa Corte Suprema, levantados como exemplo, revelam-se garantidores do preceitos fundamentais e, por mais que alguns possuam caráter inovador, trata-se de atuação legítima desta Corte, uma vez que se tem como seu maior objetivo a manutenção de um governo democrático e o cada vez maior equilíbrio e melhor interação entre o três Poderes.

Referências

ALAS, Leopoldo Tolívar. *Derecho Administrativo y Poder Judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 14.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria de la decisión judicial. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 118-119

Michael Perry, “Judicial Activism”. Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

SARAIVA, Paulo Lopo. O mandado de garantia social no direito constitucional luso-brasileiro. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, ano XXXII, vol. 79, p. 138.

STF, MI n.º 670/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 1, de 06/11/2007.
STF, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, 1, de 06/11/2007.
STF, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJ, 1, de 23/11/2007.

CAPÍTULO 8

ATIVISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Carlos Maurício Lociks de Araújo[159]
DOI 10.11117/9788565604233.08

Embora o conceito de ativismo judicial seja impreciso e objeto de múltiplas controvérsias[160], é possível extrair um núcleo relativamente comum nas muitas definições dadas a esse fenômeno. Consiste, basicamente, na postura dos juízes quando elastecem a interpretação da lei a ponto de criar normas cuja positivação seria competência do Poder Legislativo[161]. Em curtas palavras, o ativismo judicial pode ser entendido como um avanço da função jurisdicional sobre a competência legislativa.

Sob esse prisma, o ativismo é geralmente criticado sob o argumento de que fere a separação de poderes e, assim, ofende ao princípio da democracia.

Lenio Streck anota que o ativismo não é a mera expressão do grau de liberdade relativa do intérprete em função do grau de indeterminação da norma, dentro da ótica positivista e pós-positivista de que não há univocidade entre norma e sentido. O ativismo, segundo o autor, é marcado pela prevalência da vontade, do arbítrio, do juiz na extração do sentido normativo[162]. Com base na doutrina de Konrad Hesse, o autor assinala que a decisão ativista “vai além do próprio texto da Constituição, acarretando um *rompimento constitucional*[163].

Em sua análise do ativismo judicial, Bradley Canon sugere seis dimensões de aferição do fenômeno, baseadas principalmente no grau de tensão que a decisão judicial pode apresentar em relação aos princípios democráticos. Segue-se uma

---

[159] Mestrando em Direito Constitucional – Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Trabalho de conclusão da disciplina Jurisprudência Constitucional, ministrada pelo Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, no primeiro semestre de 2013, no IDP.
[160] CANON, 1983; BRANCO, 2011; LEAL, 2008; STRECK et all, 2009.
[161] Embora também tenha sido denominado de ativismo judicial a postura conservadora da Suprema Corte dos Estados Unidos ao negar validade a lei contrária à segregação racial e tentar impedir as transformações econômicas que o *new deal* de Rooselvet tentava operar na primeira metade do século 20 (STRECK et all, 2009).
[162] STRECK, 2012, p. 38-39
[163] Idem, p. 53

sintética descrição dessas dimensões (ou critérios), aqui anotadas em livre tradução do texto original[164]:

1) majoritarismo: grau de desrespeito, pelo Poder Judiciário, ao negar políticas públicas oriundas do processo democrático;

2) estabilidade interpretativa: grau em que recentes doutrinas, interpretações ou decisões são alteradas pelo Judiciário, gerando insegurança jurídica;

3) fidelidade Interpretativa: grau em que as normas constitucionais são interpretadas contrariamente às claras intenções dos seus autores ou ao sentido linguístico usual do texto normativo;

4) processo democrático substantivo: grau em que a decisões judiciais criam regras ou políticas públicas substantivas em desrespeito ao processo político democrático;

5) especificidade da política pública: grau de estabelecimento judicial de normas de políticas públicas que deveriam ser postas segundo a discricionariedade dos agentes governamentais;

6) agentes alternativos de formulação de políticas públicas: grau em que as decisões judiciais sobrepõe-se às competências e à própria expertise de outros entes governamentais responsáveis pela elaboração de normas e políticas públicas (p.ex.: agências).

Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso pontua três notas características do fenômeno em estudo[165]:

1) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”;

2) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”;

---

[164] CANON, 1983, p. 239.
[165] BARROSO, 2008, p. 6

3) "a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas".

Por outro lado, é possível reconhecer em certas formas de ativismo judicial um movimento natural e até necessário do Poder Judiciário para, sob certas circunstâncias e com o fito de garantir efetividade a preceitos constitucionais, preencher lacunas normativas que a morosidade do Parlamento não consegue fazer. Lorenzo Chieffi sustenta que o ativismo judicial na Itália foi mais intenso nos anos iniciais da Constituição de 1948, como reflexo da necessidade de garantir efetividade a novos direitos contemplados naquela carta política. Aos poucos, com a positivação desses direitos – reconhecidos pelo Poder Legislativo –, esse ativismo retraiu-se naturalmente[166]. De acordo com o mesmo autor, esse momento histórico do Judiciário também estaria ocorrendo no Brasil, porém com 40 anos de diferença. Assim, o ativismo judicial seria um movimento natural no seu devido tempo e lugar.

No âmbito do nosso Supremo Tribunal Federal, o ativismo também é visto, ao menos por parte dos seus membros, como algo natural em face da dimensão política da sua jurisdição. Isso é denotado, por exemplo, nas seguintes palavras da Ministra Ellen Gracie, quando Presidente do STF, ao fazer referência à possibilidade de revisão dos acórdãos do TCU pela Corte Constitucional:

> O julgamento, é certo, sempre haverá de preservar as competências essenciais da administração apesar de um certo ativismo judicial conatural, resultante da dimensão política da jurisdição suprema estar latente nos veredictos do STF[167].

Flávia Martins Affonso anota a possibilidade de enfocar-se o ativismo "como uma atuação do Judiciário na defesa das minorias democráticas, assim como defesa dos direitos sociais"[168].

Luís Roberto Barroso, ao referir-se ao assunto, anota que:

> ...o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e

---

[166] CHIEFFI, 2013
[167] GRACIE, 2007
[168] AFFONSO, 2013, p. 7607.

> a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva[169].

Longe de esgotar os possíveis enfoques e conceitos aplicáveis ao termo "ativismo judicial", a definição de ativismo aqui empregada pode ser sintetizada como a produção de decisões jurisdicionais que estendem a interpretação das leis e da Constituição a ponto de criar normas cuja positivação seria competência do Poder Legislativo.

II

A par dessa breve introdução conceitual – anotando-se que nosso objetivo, aqui, não é esmiuçar o conceito de ativismo, mas de aplicá-lo a uma nova frente de estudos –, chega-se à indagação pretendida: em que medida é possível identificar algo semelhante ao "ativismo judicial" em decisões dos tribunais de contas, que, embora tenham natureza administrativa, possuem força cogente perante a administração pública, à semelhança das decisões judiciais?

Para delimitar o tema, concentramos nossa pergunta na atuação do Tribunal de Contas da União.

Antes de prosseguir, convém reconhecer a inadequação do adjetivo "judicial" ao presente objeto de estudo, porquanto o Tribunal de Contas da União (TCU), embora tenha uma configuração constitucional judicialiforme[170] (jurisdição própria, ministros, ministério público, órgãos colegiados, acórdãos, recursos, competência para aplicar sanções etc.), não é um órgão do Poder Judiciário. É, como se disse há pouco, um tribunal administrativo. Logo, o termo ativismo "judicial" mostra-se inadequado à espécie.

Embora a natureza do TCU possa sugerir o uso de adjetivos alternativos para o fenômeno em estudo ("ativismo interpretativo", "judicialiforme", "jurisprudencial", "jurisdicional" etc.), optamos, aqui, por utilizar apenas a palavra "ativismo", embora mantendo o mesmo núcleo conceitual definido para a forma judicial de ativismo.

Feito esse ajuste no conceito apresentado, retornemos à questão central.

---

169 BARROSO, 2008, p. 6
170 GRACIE, 2007

As atribuições do TCU, embora estejam definidas em várias leis, concentram-se no art. 71 da Constituição Federal e na Lei 8.442/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Além de o TCU firmar entendimentos jurisprudenciais sobre matérias de sua competência, na seara do Direito Administrativo, mediante acórdãos e súmulas, também possui a atribuição legal de responder a consultas que lhes são dirigidas, as quais – frise-se – têm caráter normativo sobre questões analisadas em abstrato.

Essa atribuição é definida no art. 1º, §2º, da Lei 8.443/92:

> § 2° A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII [171] deste artigo **tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese**, mas não do fato ou caso concreto.

É dizer, as respostas do TCU a consultas têm força normativa, à semelhança das leis. Vinculam os jurisdicionados sob pena de multa ou julgamento pela irregularidade de suas contas, além de outras sanções previstas na Lei 8.443/92.

Por outro lado, como anotado há pouco, diversas construções jurisprudenciais emanadas incidentalmente em acórdãos comuns (proferidos em processos de representação, relatórios de auditoria, processos de contas etc.) também "criam" "normas" de conduta para os gestores públicos não previstas em leis ou regulamentos. No caso do TCU, essas "normas" geradas na via jurisprudencial possuem força cogente sobre os gestores, porquanto o seu descumprimento pode eventualmente redundar em alguma das multas previstas na Lei Orgânica do Tribunal[172].

Esse arcabouço legal confere ao TCU grande poder institucional para interpretar e mesmo ditar o Direito Administrativo no âmbito federal, com alcance

---

[171] XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. (o art. 1º da Lei 8.443/92 define as principais competências do TCU)

[172] Apenas para ilustrar: o art. 58 da Lei 8.443/92, prevê multa por: "II- ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial"; "VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal." "§ 1° (...) deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado."

não apenas sobre os gestores públicos federais, mas também, em alguns casos, sobre pessoas físicas e jurídicas particulares, além de prefeitos e governadores[173].

A partir de uma análise da base de jurisprudência do TCU, é possível extrair julgados em que essas competências parecem ter extrapolado os limites da mera interpretação das leis administrativas para criar novas normas, impondo condutas aos administradores, gerando direitos etc. Isso é verificado principalmente no que tange a direitos de servidores.

No presente estudo, limitamo-nos a selecionar quatro casos para demonstrar a ocorrência de acórdãos com notas de ativismo no âmbito do TCU.

III

O primeiro exemplo selecionado é o entendimento fixado na Decisão 481/1997-TCU-Plenário.

Tratou-se de um processo administrativo *interna corporis* do Tribunal, que criou uma nova hipótese – não prevista em lei – para os servidores que se aposentassem após exercer cargo ou função comissionada carreassem para seus proventos uma parcela vinculada ao exercício pretérito da função/cargo comissionado (denominada de "opção"), cumulativamente com o(s) quinto(s) incorporados até a data da inativação.

No plano legal, a matéria era disciplinada no então vigente art. 193 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Federais), a exigir dos servidores, para a concessão do referido direito, o exercício de função comissionada por um período de cinco anos consecutivos ou dez interpolados[174].

---

[173] Nos termos do art. 5º, incisos I, II e IV, da Lei 8.443/92, a jurisdição do TCU abrange, entre outras categorias de jurisdicionados: "I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1° desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária; II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; (...) VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;"

[174] 'Art. 193. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, **por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados,** poderá aposentar-se **com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.**

Contudo, o TCU, mediante o que denominou, à época, de “construção jurisprudencial”, deixou assente que esse direito seria devido mesmo aos servidores que detivessem somente uma fração (1/5 ou 1/10[175]) da função comissionada incorporados à remuneração.

Os argumentos então utilizados para fundamentar essa conclusão são complexos, resultantes da combinação de um emaranhado de normas estatutárias, cuja descrição, aqui, fugiria ao objetivo deste artigo.

A Decisão 481/97, embora tenha sido proferida, como se disse, no âmbito administrativo interno do TCU, terminou se propagando para a jurisprudência de controle externo do Tribunal, estendendo sua eficácia para toda a Administração Federal.

Entretanto, cerca de quatro anos depois de consolidada essa jurisprudência, esse entendimento foi revogado pelo próprio TCU, mediante a Decisão 844/2001-Plenário.

Ao fundamentar essa deliberação, o Ministro Walton Alencar Rodrigues – relator da matéria –, apresentou vários argumentos para demonstrar o caráter ativista daquele *decisum* de 1997, conforme se verifica nas seguintes passagens do voto então apresentado pelo relator:

> A manutenção da Decisão 481/97 implica, na essência, admitir que pode, o Tribunal de Contas da União, **atuando como legislador positivo**, **estabelecer vantagens pecuniárias não previstas especificamente em lei** - mesmo ao seu arrepio - com violação do princípio constitucional da legalidade administrativa, estimulando e criando *ipso facto* nova categoria de servidores públicos com proventos incondizentes com a realidade do País, com o interesse público e com a política do Governo para o setor.
> Se pudesse o TCU afirmar que o servidor com um décimo, ou um quinto, tivesse direito à verba da opção, poderia também erigir qualquer outra circunstância como fato gerador da percepção da referida verba pecuniária, ou de qualquer outra, mesmo em dissonância com as decisões de cunho político, desenvolvidas para o setor pelo Poder Executivo.

---

§ 1° Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (dois) anos, será incorporada a gratificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos.

§ 2° A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192, bem como a incorporação de que trata o art. 62 [incorporação de 1 quinto/décimo do valor da função comissionada a cada ano de exercício, até o limite de 5/5 ou 10/10], ressalvado o direito de opção.

[175] Inicialmente essa incorporação era feita em frações de 1/5; depois foi alterada para 1/10.

> (...)
> Quanto a alegação de ser a Decisão 481/97 mera consolidação de entendimentos do próprio TCU sobre o instituto da opção, verifico que se trata de crasso equívoco, já que **a Decisão 481/97 foi muito além desse desiderato, constituindo verdadeiro diploma normativo, com efeitos que extrapolaram a órbita do TCU para inovar toda a ordem jurídica**, com devastadores efeitos sobre as finanças públicas e imediata aplicação por inúmeros outros órgãos públicos.
> Na verdade, não existem dúvidas de que a Decisão 481/97, a partir de sua edição, aumentou sobremaneira a despesa pública, sem embasamento legal e constitucional. **O TCU, ao editar tal ato normativo, inovou a ordem jurídica, para criar novas formas de aumento de remuneração para o funcionalismo desta Casa**, com brutal incremento da despesa atinente a esta rubrica. (excerto do voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, do TCU, na Decisão 844/2001-Plenário; grifos acrescidos).

Nesse momento de verdadeira autoanálise, o próprio TCU reconheceu ter adotado uma postura ativista no aresto de 1997, embora não tenha utilizado esse termo.

Interessante notar que esse ativismo, como se infere, não decorreu de um esforço para concretizar eventual direito constitucional dos servidores carente de positivação pelo Poder Legislativo. O resultado da construção jurisprudencial havida em 1997 foi a ampliação do raio de alcance de um direito estatutário cuja disciplina era típica de lei ordinária.

Essa decisão foi alvejada por mais de noventa recursos interpostos concomitantemente por servidores, sindicatos e outras entidades de classe, inconformados com a perda do mencionado “direito”. Isso revela a extensão do impacto que a nova deliberação teve sobre parte do funcionalismo público que se beneficiava do entendimento anterior.

Porém, a insurgência dos recorrentes não foi motivada somente pela extinção do direito jurisprudencialmente criado pelo TCU. Também o foi pelo fato de a Decisão 844/2001 ter determinado a todos os órgãos da Administração Pública que promovessem o “reexame dos proventos de aposentadoria compostos sob orientação da Decisão 481/1997-TCU-Plenário, para a pronta exclusão da parcela

opção" nos casos incompatíveis com o novo entendimento firmado pelo Tribunal sobre a matéria (item 8.5 da Decisão 844/2001-Plenário[176]).

Neste ponto, abrimos parêntesis para anotar que esse caso confirma a crítica formulada por Bradley Canon de que o ativismo prejudica a estabilidade interpretativa ao produzir oscilações de jurisprudência[177]. Efeito corolário dessa instabilidade é a insegurança jurídica.

Para mitigar esse efeito danoso, o TCU, quatro anos depois, ao finalizar o julgamento dos múltiplos recursos, proferiu o Acórdão 2076/2005-Plenário, deliberando no sentido preservar os atos de aposentadoria apoiados na Decisão 481/1997, mas publicados até a véspera da Decisão 844/2001-Plenário. Com isso, o Tribunal preservou a segurança jurídica em favor dos servidores que se aposentaram sob o amparo do entendimento jurisprudencial anterior[178].

Essa dicção, por sinal, já estava positivada, à época, no art. 2º, Parágrafo Único, inciso XIII, da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), que veda aos órgãos da administração pública federal a aplicação de interpretações retroativas[179].

IV

Passemos ao segundo caso, também fruto de uma postura ativista do TCU no final da década de 1990.

---

[176] "8.5. determinar aos órgãos da Administração Pública Federal que promovam o reexame dos proventos de aposentadoria compostos sob orientação da Decisão 481/97-TCU-Plenário, para a pronta exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem quintos ou décimos, esclarecendo que é assegurada, na aposentadoria, a vantagem decorrente da opção, prevista no artigo 2º da Lei 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeitos os pressupostos temporais estabelecidos nos arts. 180 da Lei 1.711/52 e 193 da Lei 8.112/90, sem prejuízo da aplicação da Súmula 106 da Jurisprudência deste Tribunal aos valores recebidos de boa-fé até a data desta Decisão;"

[177] CANON, 1983.

[178] Convém explicar que os atos de aposentadoria do setor público federal devem ser encaminhados para o TCU para fins de exame de legalidade e registro, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal, sendo condição necessária ao aperfeiçoamento do ato. Esse interregno entre a publicação do ato no Diário Oficial da União e a respectiva apreciação pelo Tribunal de Contas pode consumir vários anos (a base de dados de jurisprudência do TCU contabiliza dezenas de casos de atos apreciados pelo Tribunal mais de 10 anos depois de sua publicação, principalmente em face da sua remessa tardia pelos órgãos de origem). Daí ter prevalecido o entendimento de resguardar os atos publicados durante a "vigência" do entendimento anterior.

[179] Art. 2º (...)
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
(...)
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**.

Trata-se do entendimento firmado na Decisão 663/1997 – Plenário e ratificado na Decisão 841/1997 – Plenário (esta versando sobre Consulta formulada pelo Presidente do Superior Tribunal Militar, tendo, portanto, caráter normativo).

O entendimento fixado nessas decisões admitia, para fins de aposentadoria estatutária, o cômputo de tempo de serviço rural sem as correspondentes contribuições previdenciárias, bastando a prova da certidão expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, atestando a prestação laboral. Segundo as decisões mencionadas, esse direito poderia ser implementado até a edição da Medida Provisória 1.523/96, que teria extinguido em definitivo essa possibilidade.

Segue-se a orientação firmada na Decisão 663/97-Plenário, ratificada, em essência, na resposta à Consulta de que tratou a Decisão 841/97-Plenário:

> é computável para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma prevista no art. 103, inciso V, da Lei nº 8.112/90, o tempo de atividade rural anterior à vigência da Lei nº 8.213, de 24/7/1991 (D.O.U. de 25/7/1991), sem a comprovação do pagamento das contribuições a eles inerentes, desde que o interessado tenha protocolizado o pedido de averbação antes da primeira edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996 (D.O.U. de 14/10/1996).

Um dos fundamentos adotados nessa exegese firmada em 1997 pelo TCU foi a interpretação combinada dos arts. 55, § 2º, 94 e 96, inciso V, da Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social), em suas redações vigentes antes da MP 1.523/96[180].

Com a edição da MP 1.523/1996, a redação do §2º do art. 55 da referida lei foi alterada, passando a vedar expressamente a averbação de tempo de serviço rural para efeito de aposentadoria no serviço público sem as correspondentes

---

[180] Art. 55 (...) § 2° O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento. (redação original)

Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição ou de serviço na Administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensam financeiramente.

Art. 96. (...) V - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência. (inciso revogado pela MP 1.523/96).

contribuições previdenciárias[181]. Essa medida provisória também suprimiu o inciso V do art. 96 da Lei de Benefício da Previdência Social

Assim, o TCU definiu que, se o servidor público tivesse solicitado averbação de tempo de serviço rural antes da aludida medida provisória, poderia aproveitá-la futuramente para fins de aposentadoria estatutária, mesmo que o período averbado não tivesse as correspondentes contribuições previdenciárias.

Poucos meses depois, em dezembro de 1997, o Supremo Tribunal Federal sinalizou a inconstitucionalidade dessa interpretação ao pronunciar-se sobre pedido cautelar na ADI-MC 1664 (*in* DJ de 19/12/97). Embora a ADI 1664 tenha sido posteriormente declarada prejudicada por falta de aditamento da inicial[182], a dicção anotada na decisão cautelar de 1997 foi replicada em diversos outros julgados do Supremo, consolidando sua jurisprudência sobre o tema[183].

A exegese firmada pelo STF foi no sentido de que a obrigatoriedade das contribuições previdenciárias para assegurar a contagem recíproca do tempo de serviço rural para fins de aposentadoria estatutária é exigência da própria Constituição Federal, consoante o § 2º do seu art. 202, na redação vigente antes da Emenda 20/98[184]. Esse dispositivo utilizava expressamente o termo “tempo de contribuição”, e não “tempo de serviço”, ao dispor sobre o referido direito[185].

Somente em 2006 – quase nove anos depois –, foi que o TCU incorporou efetivamente essa interpretação da Corte Constitucional. A mudança de

---

[181] Art. 55 (...) § 2º O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, dos segurados de que tratam a alínea "a" do inciso I ou do inciso IV do art. 11, bem como o tempo de atividade rural do segurado a que se refere o inciso VII do art. 11, serão computados exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo, vedada sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 94 a 99 desta Lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria (redação dada pela MP 1.523/96).

[182] Conforme despacho da então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie (in DJ 04/04/2002).

[183] MS 26.919, rel. min. Marco Aurélio, DJ 14/04/2008; MS 26.461, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ 05/03/2009; MS 27.682, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe 14/06/2012; etc.

[184] A discussão toda girou em torno das aposentadorias concedidas antes da edição da Medida Provisória 1.523/1996 (momento anterior, portanto, à EC 20/98). Após esse período, houve consenso de que o tempo de serviço rural só poderia ser aproveitado, para fins de aposentadoria, com as devidas contribuições previdenciárias. Outrossim, com o avento da referida emenda, a norma contida no § 2º do art. 202 foi integralmente transposta para o § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

[185] Art. 202 (...) § 2º - Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do **tempo de contribuição** na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

entendimento ocorreu por meio dos Acórdãos 740/2006 e 1.893/2006, ambos do Plenário do TCU. A partir de então, o Tribunal de Contas passou a considerar não ser admissível, em nenhuma época, o aproveitamento de tempo de serviço rural para fins de aposentadoria estatutária sem a prova do recolhimento das contribuições previdenciárias à época da realização da atividade rural ou, mesmo *a posteriori*, de forma indenizada[186].

Não é nosso objetivo analisar todos demais argumentos que fundamentaram essas duas posições antagônicas – a de 1997 e a de 2006 –, mas a leitura dos votos que nortearam essas deliberações[187] revela que a primeira decorreu de uma postura ativista, ao passo que a segunda interpretação pautou-se em uma leitura conservadora e positivista da matéria.

O viés ativista das decisões de 1997 é demonstrado pelo fato de o TCU ter criado, na ocasião, mediante uma "construção jurisprudencial", a possibilidade jurídica de gozo de um direito previdenciário não prevista em lei e, ainda, incompatível com a Constituição, o que dá um tom mais intenso ao arroubo ativista que marcou o surgimento desses precedentes.

Já em 2006, a nota conservadora da mudança de entendimento do TCU revela-se pelo fato de ter sido fundamentada em uma interpretação direta e literal do dispositivo constitucional aplicável à matéria[185].

À semelhança do exemplo anterior, o balanço jurisprudencial causado pelo impulso ativista do TCU em 1997 e pela retomada da postura conservadora em 2006 gerou reflexos negativos à segurança jurídica dos aposentados que tiveram seus atos publicados sob o amparo da jurisprudência anterior, mas apreciados pelo Tribunal de Contas em conformidade com a nova exegese. Assim, muitos atos de aposentadoria tiverem seus registros negados após anos de vigência temporária.

Essa questão foi amplamente debatida no Acórdão 2.595/2009-TCU-Plenário, em que se pretendia autorizar a revisão de ofício das deliberações pretéritas do Tribunal que autorizaram o registro de atos amparados na jurisprudência anterior. Com essa revisão, o TCU impugnaria os tempos de serviço rural averbados sem os

---

[186] Nos termos do art. 96, inciso IV, da Lei 8.213/91, c/c o art. 45, §§ 3º e 4º, da Lei 8.212/91.
[187] Disponível no sítio do TCU na Internet: www.tcu.gov.br

devidos recolhimentos previdenciários, consideraria ilegais os respectivos atos, negar-lhes-ia registro e, assim, imporia aos interessados a obrigação de retorno ao trabalho, depois de anos de inatividade. Alternativamente, caso os interessados desejassem preservar suas aposentadorias, seria necessário o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes ao tempo de serviço rural averbado para fins de aposentadoria.

Contudo, essa proposta – decorrente de representação do Ministério Público junto ao TCU – foi rejeitada, por maioria, pelo Tribunal Pleno. O voto condutor desse acórdão, proferido pelo Ministro Raimundo Carreiro, sustentou a prevalência, na espécie, do princípio da segurança jurídica, não só em face do longo tempo decorrido desde a publicação dos atos de aposentadoria, mas, principalmente, em virtude da já comentada proibição de interpretações retroativas no âmbito da Administração Federal, consoante art. 2º, Parágrafo Único, inciso XIII, da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo)[188].

Por outro lado, o Acórdão 2.595/2009-Plenário somente afastou a possibilidade de o TCU proceder à revisão de ofício de atos já registrados sob o manto da jurisprudência anterior. Os atos assim publicados mas apreciados originalmente depois da guinada de entendimento passaram a ser considerados ilegais pelo TCU, tendo seus registros negados, havendo somente uma voz discordante entre os respectivos ministros[189].

Vê-se, portanto, que, à semelhança do primeiro caso, o exemplo em foco também se amolda à critica formulada por Bradley Canon quanto ao efeito negativo que o ativismo pode acarretar à segurança jurídica, em virtude das oscilações jurisprudenciais que provoca.

V

---

[188] Vide nota 179.

[189] Após ser vencido em várias assentadas ao sustentar a incidência da segurança jurídica para preservar todos os atos publicados sob à égide da jurisprudência anterior – à semelhança da solução adotada na questão dos “quintos” e da “opção” (Decisões 481/1997-P x Decisão 844/2001-P) – o Ministro Raimundo Carreiro passou a acompanhar a maioria, votando com ressalvas nos casos da espécie (ex.: Acórdãos 1.484/2012, 2.727/2012 e 1.802/2013, da Segunda Câmara; Acórdão 3.002/2011 – Plenário).

Embora os dois casos assinalados tenham ocorrido em 1997, colhem-se outros exemplos na jurisprudência mais recente do TCU, a exemplo do Acórdão 2.248/2005-Plenário, ratificado em sede de consulta mediante o Acórdão 514/2007-Plenário. De acordo com essas deliberações, seria possível a incorporação de "quintos" de função comissionada, nos termos do art. 62A da Lei 8.112/1990, também no período de 9/4/1998 a 4/9/2001.

Esse entendimento decorreu de interpretação dada por vários órgãos da Administração Pública[190] e seguida pelo TCU, em relação aos efeitos do art. 3º da Medida Provisória 2.225-45/2001[191].

Tal dispositivo, ao incluir o art. 62A na Lei 8.112/1990, para transformar os "quintos" incorporados em vantagem pessoal fixa, a chamada Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), teria revogado tacitamente o *caput* do art. 15 da Lei 9.527/1997, que, por sua vez, extinguira expressamente a vantagem dos quintos[192].

Assim, de acordo com a interpretação dada pelo TCU – e por vários outros órgãos públicos –, a MP 2.225/2001 gerou, na prática, uma repristinação da norma anterior concessiva dos "quintos", revogada originalmente em 1997, com a Lei 9.527.

De acordo com esse raciocínio, os quintos seriam devidos até a véspera da edição da MP 2.225/2001. O fundamento principal desse entendimento é a clássica – porém questionável – máxima de que a lei não possui palavras, expressões ou comandos inúteis. Assim, se uma norma foi revogada, então é porque antes ela

---

[190] Superior Tribunal de Justiça,Senado Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Ministério Público Federal, Conselho da Justiça Federal.

[191] Art. 3º Fica acrescido à Lei no 8.112, de 1990, o art. 62-A, com a seguinte redação:
"Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998.
Parágrafo único. A VPNI de que trata o **caput** deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais." (NR)a

[192] Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994.

existia. Como se vê, a intelecção dada à matéria, na ocasião, baseou-se na premissa de que é impossível haver uma falha de técnica legislativa.

Essa tese foi refutada, na ocasião, pelos Ministros Guilherme Palmeira, Benjamin Zymler e Walton Alencar Rodrigues, todos vencidos.

O caráter ativista dessa deliberação – embora assentada em precedentes administrativos de outros órgãos da Administração Pública – foi bem anotado no voto revisor então apresentado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, do qual extraímos o seguinte excerto:

> A extrapolação dos lindes fixados pela MP nº 2.225-45/2001 - conversão de parcelas já incorporadas em VPNI - significa a **usurpação, pelo hermeneuta, de competência do legislador ordinário e violação ao princípio da separação dos poderes**, pois somente cabe ao Parlamento a aprovação de lei de iniciativa do Poder Executivo que autorize o aumento de dispêndios com o funcionalismo público federal. (grifamos)

Posteriormente, a Advocacia-Geral da União impetrou um mandado de segurança contra o Acórdão 2.248/2005-TCU-Plenário (MS 25.763-DF), no qual foi concedida a liminar requerida para suspender os efeitos da deliberação atacada. A matéria está pendente de julgamento no STF, com atributo de repercussão geral.

VI

Esses três exemplos mostram que o TCU, eventualmente, adota posturas ativistas ao proferir acórdãos que criam direitos para servidores públicos a partir de “construções jurisprudenciais”, embora também apresente uma tendência de reverter essas posições depois de alguns anos, retomando uma postura mais conservadora.

Embora o presente estudo não contenha evidências sobre os eventuais fatores ambientais que motivaram esses impulsos de ativismo jurisprudencial do TCU, a observação direta que pudemos fazer, à época, do contexto em que esses precedentes surgiram sugere que eles foram estimulados por pressões corporativistas[193].

VII

---

[193] O autor é servidor do TCU há dezessete anos.

Para finalizar, trazemos um quarto e derradeiro exemplo de ativismo, desta feita voltado puramente à proteção do interesse público, no campo das licitações.

O caso escolhido é o dever de aferição, a cada pagamento contratual, da regularidade fiscal do contratado. A Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) exige que o contratado demonstre a sua regularidade fiscal e trabalhista na fase de habilitação ao certame, estando obrigado a manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas no edital [194].

Essas normas estão em consonância com o art. 195, §3º, da Constituição Federal, a dispor que "A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.".

Com base nessas normas, o TCU firmou o entendimento de que todos os pagamentos aos contratados deveriam ser precedidos da conferência acerca da regularidade fiscal e trabalhista do contratado. Isso foi estabelecido na Decisão 705/1994-TCU-Plenário e no Acórdão 837/2008-TCU-Plenário:

> ...nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior; (Dc 705/1994-TCU-Plenário)
> ...firmar o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93; (Ac 837/2008-TCU-Plenário)

Apesar de esses entendimentos estarem em aparente consonância com as normas legais e constitucional em que se apoiam, não há disposição legal que imponha a forma como esse controle deve ser exercido nem quanto à possibilidade de retenção de pagamentos após a prestação do serviço, caso não se comprove a regularidade fiscal do contratado.

---

[194] Art. 27, inciso IV, e art. 55, inciso XIII da Lei 8.666/93.

Dessa forma, pode-se indagar se essa dicção extrapolou os limites legalmente definidos para a matéria, impondo obrigações não previstas pelo legislador. Não seria admissível que o gestor público conferisse a regularidade fiscal periodicamente, porém sem fazê-lo necessariamente a cada pagamento? É consentânea com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa a retenção de pagamentos por serviços executados, sob o pretexto de ausência de prova de regularidade fiscal?

A resposta a essas perguntas foi dada pelo próprio TCU anos depois, mediante a consulta objeto do Acórdão 964/2012-Plenário, nos seguintes termos:

> 1. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a Administração deve exigir a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, segundo o qual "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios".
> 2. Nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, deve constar cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento dessa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93).
> 3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. (Ac 964/2012-TCU-Plenário)

A simples leitura da resposta à sobredita consulta denota que o TCU reconsiderou sua posição anterior, adotando uma postura menos ativista e mais consentânea com a margem de liberdade que o legislador conferiu aos gestores públicos na aplicação do referido dispositivo da Lei 8.666/93, mantendo-se mais fiel ao texto da lei.

Também foi abandonado expressamente o entendimento fixado no acórdão de 2008, sobre a possibilidade de retenção de pagamentos. O novo acórdão vedou o procedimento, salientando a vedação do enriquecimento sem causa.

Vimos, neste último exemplo, uma postura ativista do TCU movida pela intenção de garantir a máxima efetividade à norma constitucional e aos comandos legais que exigem dos contratados da administração pública o dever de regularidade fiscal. Seria um "bom ativismo", porquanto voltado à proteção do interesse público?

Responder positivamente a essa pergunta seria precipitado. Ainda que a motivação tenha propendido para o interesse público – o que, ao senso comum, poderia soar como algo positivo –, restou demonstrado, anos depois, pelo próprio TCU, que a nota ativista do entendimento merecia revisão, porquanto restringia a liberdade de execução da norma e, mais grave, ofendia a um princípio geral do Direito.

VIII

Em conclusão, pode-se considerar que o fenômeno do ativismo ocorre no âmbito do TCU, e que a forma como ele se expressa e seus resultados provocam reações no próprio Tribunal, levando-o a, posteriormente (anos depois), reavaliar sua jurisprudência. Ou seja, o órgão apresenta impulsos ativistas em dado momento, porém revela uma tendência de reversão dessas posições, o que denota também um viés conservador na Corte de Contas.

Em um plano mais genérico, podemos inferir que o ativismo – quando conceituado como um avanço da função jurisdicional sobre a competência legislativa – pode ocorrer, em tese, em qualquer órgão com poder de jurisdição, i.é, que seja capaz de emanar normas cogentes para pessoas ou comunidades, sejam de natureza judicial ou administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Flávia Martins. “Da Diferença de Estruturação dos Tribunais Constitucionais no Velho e Novo Mundo: o ativismo judicial seria mesmo uma expressão tipicamente americana?” *Revista do Institudo do Direito Brasileiro - RIDB.* Lisboa: Institudo do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, n. 8: 7621-7626. Disponível em: http://www.idb-fdul.com. Acesso em 26/7/2013

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. I*Revista Consultor Jurídico.* Edição de 22/12/2008*.* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 26/7/2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Podium, 2011, v. 1, p. 387-402.

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*. Vol. 66. N. 6 – Dez/1982-Jan/1983. p. 236-247.

CHIEFFI, Lorenzo. Ativismo Judicial. Notas de aula ministrada na Disciplina “Constitucionalismo Europeu”. Faculdade de Direito da Universidade de Granada. Espanha. 2013 (mimeo).

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do TCU*. Brasília: Tribunal de Contas da União. Set-Dez/2007, p. 7-15.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. 2008. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br. Acesso em 11/7/2013.

STRECK, Lenio L.; BARRETTO, Vicente de Paulo; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas Constitucionais Inconstitucionais. *Consultor Jurídico*. 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario. Acesso em 9/7/2013.

STRECK, Lenio L. Verdade e Consenso. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CAPÍTULO 9

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, OU "EMPÁFIA" DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? UMA REDISCUSSÃO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DAS FUNÇÕES DO PODER PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, SOB A PERSPECTIVA DE ALGUNS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

José Felício Dutra Júnior[195]
DOI 10.11117/9788565604233.09

RESUMO: O objeto deste trabalho é a análise da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, e a intervenção deste órgão nas decisões políticas do Estado brasileiro. O problema apresentado trata-se da adoção deste atuar judicial proativa como medida profilática para a crise de representatividade política na sociedade brasileira. Para análise do problema apresentado, utilizou-se o método de estudo de casos, isto é, estudo de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, além do estudo de bibliografias.

Palavras-chave: Políticas públicas. Implementação. Ativismo judicial. Judicialização da política. Direitos fundamentais. Representatividade.

Introdução.

Uma das questões relevantes, na conjuntura política da sociedade brasileira, consiste na possibilidade, ou não, da função judicial do Poder Público determinar a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF manifestou-se diversas vezes de forma favorável.[196]

---

[195] Especialista em Direito Constitucional; advogado atuante na seccional do Distrito Federal; professor do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF; mestrando em Direito Constitucional, na condição de aluno especial, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.

A ideia de implementação de políticas públicas, por via judicial, surge da necessidade de efetivar, no âmbito social, os direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional, especificamente os direitos sociais.

A Constituição brasileira é pródiga, no que se refere aos direitos sociais, e para que as normas constitucionais não se tornem meras expectativas legais, ou projetos de uma sociedade ideal, a função judicial do Poder Público, por meio de decisões e interpretações conforme a Constituição, vem determinando ações políticas ao Estado, para criação de uma infraestrutura que dê suporte aos conceitos constitucionais.

Esta atuação pode ser entendida como ativismo judicial, ou seja, imposição de condutas em matéria de políticas públicas (judicialização da política), mas também pode ser analisada sob a perspectiva da crise de eficiência da Administração Pública, ou do Estado-executivo, e nesta ultima abordagem discute-se a eficiência da representatividade política na sociedade brasileira.

É inegável a expansão do Judiciário e da justiça constitucional, porém, estes fenômenos não podem ofuscar o principal problema da sociedade brasileira, que é a crise de representatividade política, e que necessita de uma reforma política.

A função legislativa do Poder Público enfrenta intervenções da função executiva, seja por meio de edições excessivas de medidas provisórias por esta função – o que de certa forma proporciona o controle da agenda do Congresso Nacional – seja pelo jogo de influencia na nomeação ministerial, ou até corrupção moral e ética direta dos senadores e deputados.

A função executiva implementa políticas secundárias, isto é, voltadas para a intervenção do Estado no domínio econômico-financeiro, beneficiando grandes blocos empresariais, deixando, muitas vezes, de efetivar políticas primárias que tenham por objeto direitos sociais, como os garantidos na Constituição.

---

[196] **RE 463.210 – AgR/SP**, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006; **RE 384.201 – AgR/SP**, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unanime, DJe 03.8.2007; e, mais recente, o **RE 600.419/SP**, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD[197], o Brasil encontra-se na 84ª (octogésima quarta) posição no ranking do IDH Global 2011 – Índice de Desenvolvimento Humano, dentre 187 (cento e oitenta e sete) países.[198]

O índice alcançado pelo Brasil é considerado alto, pois, na escala de 0 (zero) à 1 (um), encontra-se em 0,718 (aproximadamente sete décimos), contudo, levando-se em conta que este país é a sétima maior economia do globo, verifica-se que o IDH brasileiro deveria ser mais elevado, mas há um déficit considerável no desenvolvimento social e humano na sociedade brasileira, o que leva a sétima economia do globo ser o octogésimo quarto IDH.

Ante a ausência de Estado (Executivo) na implementação de parte das políticas públicas essenciais, a sociedade brasileira remedia os problemas advindos desta ausência, por meio da intervenção da função judicial, porém, deve-se questionar se esta seria uma resolução efetiva do problema da crise de representatividade e eficiência da Administração Publica brasileira.

Partindo-se de estudos bibliográficos de doutrinas contemporâneas, pesquisa de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, e utilizando um método diológico, busca-se formar análises filosóficas, como melhor metodologia para o desenvolvimento deste trabalho científico.

Para tanto são analisados conceitos imprescindíveis ao entendimento sobre Estado Democrático de Direito, como direitos fundamentais e as políticas públicas, a garantia e a supremacia da Constituição como o grande dogma do direito ocidental, o papel da função judicial na democracia, e a atuação proativa desta função na sociedade brasileira.

---

[197] Fonte: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/IDH_global_2011.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Ranking2011> Acesso: 24 jul 2013

[198] Os ***Relatórios do Desenvolvimento Humano*** globais anuais são publicados pelo PNUD desde 1990 como uma análise intelectualmente independente e empiricamente fundamentada das questões, das tendências, dos progressos e das políticas do desenvolvimento.
O objetivo da criação do ***Índice de Desenvolvimento Humano*** foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o ***Produto Interno Bruto (PIB) per capita***, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. (fonte: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH> Acesso: 24 jul 2013).

2 A constitucionalização do Estado moderno.

A ideia de legitimidade racional do domínio do Estado, garantindo o exercício de um Poder dito "público", citada na obra do Professor LUIZ MOREIRA[199], pode ser entendida nas análises do sociólogo alemão MAX WEBER.

A noção de poder estatuído, que surge no inicio da Idade Moderna como uma forma de superação do absolutismo, e inicio da filosofia e sociologia positivista, é que dá origem à Constituição escrita, e é a expressão do domínio racional-legal, na concepção weberiana; assim como a bíblia, o alcorão e outros livros sagrados são a expressão do domínio tradicional-religioso, ou domínio hierocrático.[200]

O Estatuto (Constituição), na concepção do sociólogo MAX WEBER, regra o domínio racional-legal, que pertence ao Estado, e legitima o monopólio estatal da violência psíquico-física legítima, o que equivaleria a um "simulacro" na concepção do professor LUIZ MOREIRA. No domínio tradicional-religioso, por exemplo o católico, é a bíblia que regra todo o domínio hierocrático.

Outro grande sociólogo e jurista, FERDINAND LASSALE, conceitua a Constituição (ou Estatuto máximo da sociedade) como a soma dos fatores reais e efetivos do poder que regem uma determinada comunidade, ou seja, não é apenas um "simulacro", ele define: "Reúnem-se os fatores reais do poder, dá-se-lhe expressão escrita e, a partir desse momento, não são simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito. Quem contra eles atentar viola a lei e, por conseguinte, é punido."[201]

O sociólogo MAX WEBER, em uma análise mais profunda que a de FERDINAND LASSALE, tenta em sua obra, quando trata dos "três tipos puros de dominação legítima", encontrar respostas para a legitimidade, origem, e o porquê do Poder Público.

---

[199] GOMES JUNIOR, Luiz Moreira. **A Constituição como simulacro.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro – RJ. 2007.
[200] WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3ª ed. Brasília-DF: Editora UnB. 2000. Pgs. 139/198.
[201] LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução: Walter Stönner. Versão para e-Book. eBooksBrasil.org. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaol.html> Acesso: 20 out. 2007.

Por meio do estudo dos conceitos weberianos, busca-se uma definição mais profunda, do que é o Poder Estatuído, e sobre a Constituição como estatuto máximo de uma sociedade.[202]

A legitimidade de uma ordem pode estar garantida unicamente pela atitude interna, de modo afetivo (por entrega sentimental), de modo racional referente a valores: pela crença em sua vigência absoluta, sendo ela a expressão de valores supremos e obrigatórios (morais, estéticos, ou outros quaisquer); ou de modo religioso, por meio da crença de que sua observância depende a obtenção de bens de salvação.

Também poderá ser garantida pela expectativa de determinadas conseqüências externas, portanto, pela situação de interesses, mas por expectativas de determinados gêneros.

A legitimidade também surge da crença na legalidade, isto é, a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto.

Quando o meio legal para a criação ou modificação de ordens é a votação, observamos freqüentemente que a vontade minoritária alcança a maioria formal e que a maioria a ela se submete, quer dizer que o caráter majoritário é apenas aparência. A crença na legalidade de ordens pactuadas remonta a tempos muito remotos e também se encontra, às vezes, entre os chamados povos primitivos: neste caso, porém, quase sempre completada pela autoridade dos oráculos.

Max Weber define três tipos puros de dominação legítima, que podem ser: de caráter racional, baseada na crença sobre a legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação; de caráter tradicional, baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que em virtude dessas tradições, representam a autoridade; de caráter carismático, baseada na veneração extra-cotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por estas reveladas ou criadas.

No caso da dominação baseada em estatutos, obedece-se à ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados,

[202] WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. *Op. cit*.

em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência desta.

Por meio da concepção weberiana percebe-se que a Constituição de uma sociedade é a forma escrita do estatuto máximo desta, e tem por finalidade normatizar e definir o domínio racional-legal, limitando a intervenção do Estado nas relação sociais, ao mesmo tempo que garante esta intervenção. Ela expressa o monopólio estatal da violência legítima, atribuindo competências. Ressalta-se que o quadro administrativo da sociedade deve corresponder à Constituição, pois, é aquele que efetiva as normas previstas nesta.

No sentido sociológico de Ferdinand Lassalle, a Constituição é a *"soma dos fatores reais de poder que regem uma Nação",* dentre eles o econômico, o militar, o político, o ideológico etc., de forma que terá eficácia, ou seja, efetivamente determinará as interrelações sociais dentro de um Estado, quando for construída em conformidade com tais fatores; do contrario, terá efeito meramente retórico.

Outro sociólogo e jurista alemão que analisa a Constituição é Konrad Hesse. As concepções do referido sociólogo se contrapõem às de Ferdinand Lassalle, mas não as refuta de forma peremptória. Analisa a concepção de Lassalle sob outra perspectiva, e a completa, trazendo-a para uma nova realidade, realçando-se o caráter normativo da Constituição.

Segundo Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação; e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional.

Hesse[203] analisando a autonomia da Constituição, verifica que:

---

[203] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. Pgs. 14-15.

> A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.
> [...]
> Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Para Carl Schmitt, a Constituição é um *“decisão política”* sobre a definição do perfil primordial do Estado, que teria por objeto, principalmente, a forma e o regime de governo, a forma de Estado e a matriz ideológica da nação; todas as demais normas constantes do documento constitucional seriam fruto desta primeira decisão política, e seriam consideradas, tão-somente, leis constitucionais.

No sentido normativo kelseniano (Hans Kelsen), a Constituição é compreendida de uma perspectiva estritamente formal, consistindo na norma fundamental de um Estado, paradigma de validade de todo ordenamento jurídico e instituidora da estrutura principal do Estado; a Constituição é considerada como norma pura, como puro dever-ser, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político, ou filosófico.

Deve-se verificar que, neste sentido normativo kelseniano, é a Constituição que legitima todo ordenamento jurídico ordinário, isto é, a norma ordinária não pode contrariar dispositivos constitucionais, pois caso contrario não existiria um sistema jurídico, porque sistema é um conjunto coordenado de fatores. Se estes fatores não estão coordenados, então, não existe sistema, em face disso destaca-se a importância da jurisdição constitucional, ou controle de constitucionalidade.

A idéia normativa de Hans Kelsen pode ser apreendida pela idéia sistêmica de Direito, proposta pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann.

Niklas Luhmann[204], por meio de análises sociológicas, desenvolve sua Teoria dos Sistemas e da Sociedade, que compreende os diferentes tipos de sistemas, bem como as condições distintivas, a partir da complexidade que se tenta reduzir. Apresenta-se como um poderoso instrumental analítico que permite a compreensão do funcionamento da sociedade e de seus subsistemas – direito, política, economia, religião, entre outros – cada qual operando por meio de um código próprio, o que permite sua identificação e separação, bem como a conseqüente redução de complexidade, já que o sistema é sempre menos complexo que seu ambiente.

A função do Direito, sob esta ótica, está relacionada com expectativas, isto é, com a possibilidade de comunicação de expectativas de comportamento e, com isso, ao reconhecimento da comunicação. Então, o Direito pode produzir seu próprio elemento de distinção dos demais sistemas por meio da orientação de seu código binário específico – direito/não-direito, ou "constitucional/inconstitucional". Assim, o recurso à positivação permite ao Direito sua unidade e sua autofundação.

Na realidade a Teoria Sistêmica do Direito não tem como objetivo a análise profunda ou substancial dos fenômenos sociais, mas estabelece conceitos fixos e pressupostos para redução da complexidade social, ou seja, os pressupostos da simplicidade, estabilidade e objetividade.

Não é uma simples redução de complexidade que possibilita o entendimento do fenômeno jurídico, social, político, e etc., pelo contrario, fatores históricos e a própria dinâmica social são determinantes para a analise, e na Teoria Sistêmica a Constituição seria um conjunto daquilo que deveria ser, ou aquilo que deveria se ordenar, isto é, mera tendência, ou não passaria de algo tautológico, ou seja, é constitucional porque é legítimo, e é legitimo porque é constitucional.

Percebe-se, contemporaneamente, que a maior questão não se trata de identificar o correto significado da norma, que nem Kelsen sustentava (apenas os exegéticos defendiam a importância da identificação correta do significado da norma), muito menos a codificação e hierarquia delas; talvez seja, após verificar as diversas soluções possíveis, chegar a uma conclusão sobre a mais razoável para sanar uma possível ineficiência de normas constitucionais.

---

[204] LUHMANN, Niklas. ***Sociologia do Direito I***. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro – RJ: Tempo Brasileiro, 1983. p. 1-250.

3 As funções do Poder Público e a representatividade política.

A supremacia da norma constitucional não é o único dogma das sociedades modernas ocidentais, outro de grande influencia nos atuais sistemas políticos é a difusão dos Poderes. O Poder é exercido na forma jurídica, ou seja, não mediante comandos isolados, mas mediante regras que são criadas e aplicadas segundo procedimentos regulares e relativamente estáveis, de tal maneira que cada comando individualmente dirigido a um sujeito se apresenta sempre como a aplicação de uma regra geral anterior.

O Estado passa a exercer três atividades, quais sejam: Faz a lei, a executa e decide os litígios. Na Teoria Clássica da difusão do Poder, estas funções perfazem o número de duas somente, com a função executiva sendo subdividida nela mesma em uma função administrativa e uma função jurisdicional.

Verifica-se uma especialização das funções do Poder Público, pois cada uma das autoridades, e são três (legislativa, executiva e judiciária), apesar da Teoria Clássica da Separação dos Poderes difundir na função executiva a atividade administrativa e a judicial, deverá exercer uma função, e que ela só deverá exercer uma delas, mas exercê-la inteiramente. Em contrapartida, ela não deverá interferir de modo algum em outras funções.

Sobre a necessidade de distinção do Poder Executivo e Poder Legislativo, ela surge no século XVIII, como uma tentativa de separar e preservar o órgão que cria as leis, até porque é um período de avanço científico na sociedade ocidental, ou seja, surge a metodologia e a primeira noção de positivismo, então é necessário criar, por meio de um processo metódico, valores, ou leis, que explicam fenômenos, e isso é refletido na ciência jurídica, porém, de forma diferenciada, pois enquanto nas ciências ditas exatas, ou naturais, a estrutura normativa é do “deverá ser”, no direito é do “deve ser”.

A forma pela qual ocorre a distinção e controle entre as funções do Poder Público está ligada a idéia de parlamentarismo, na medida em que este se trata de um sistema político, ou meio de atuação representativa e responsabilização política.

A noção representativa de parlamento surge após a formação do Estado Moderno, pois na Idade Média o Poder era legitimado de forma mítica ou religiosa, Deus legitimava o Poder do Rei, que, por sua vez, dava títulos aos seus súditos, e estes súditos titularizados (lordes, duques, marqueses) se reuniam em parlamento não para representar, mas para definir estratégias de proteção dos reinados, e principalmente os valores dos tributos.

Com a formação do Estado Nacional, e evolução para o Estado de Direito, surge o dogma da vontade popular, ou vontade daqueles que são governados, então, o parlamento é utilizado como meio de satisfação da expectativa normativa popular, ou seja, surge a noção de representação popular, e, em paralelo, a responsabilização política daqueles que foram, legalmente, legitimados para representar a coletividade.

Podemos verificar que numa concepção clássica de parlamentarismo e representação, este sistema político surge como forma de satisfazer a vontade popular e proteger o bem comum que, com o surgimento do Estado de Direito, é definido pela lei, pois a vontade popular e o bem comum são o que a lei definir, porque esta foi criada pelos representantes eleitos.

Contudo, na conjuntura, esta teoria clássica de parlamentarismo não satisfaz com exatidão a necessidade social representativa, pois a representatividade é incerta, varia no espaço e tempo, ou seja, não há como estabelecer um bem comum ou uma vontade popular, então, surge a dúvida sobre qual o sentido, atualmente, do parlamentarismo.

Numa tentativa de responder este questionamento, verificamos que o parlamentarismo, na conjuntura do sistema político, justifica-se na incerteza sobre aqueles que irão exercer futuro mandato, ou na impossibilidade de determinar, com exatidão, a gestão pública eficiente, até porque os anseios sociais são variáveis no espaço e no tempo, como já vimos.

A incerteza política proporciona a concorrência e o pluripartidarismo, e a noção parlamentarista de responsabilização política pode “frear” o grau de incerteza, na medida em que possibilita um controle político entre as funções do Poder Público,

isto é, mais uma vez verificamos a relação entre representatividade (incerteza política, competitividade e pluripartidarismo) e o parlamentarismo.

Não podemos negar, entretanto, que, nos Estados modernos, os parlamentares enfrentam algumas dificuldades na garantia da função legislativa. Isso se deve a diversos fatores, à crescente tecnicidade dos projetos, à demora e à burocracia excessiva dos processos, quando se faz necessário agir rapidamente, às resistências dos parlamentares em adotar medidas úteis, mas impopulares, às divisões políticas e à ausência de maioria, que tornam cada decisão o resultado de compromissos laboriosamente negociados.

O desenvolvimento da iniciativa do executivo, ampliação de suas competências e a adoção de regulamentos nas matérias reservadas à lei, ou seja, adoção de“medidas provisórias”, conseqüentemente, foram instrumentos inseridos no sistema político para remediar a crise de eficiência do legislativo.

A Teoria Tradicional de Democracia, que surge no Século XVIII, e tem como expoente o contratualista Jean-Jacques Rousseau[205], tinha como fundamento o protagonismo central do povo, tido como soberano e capaz de produzir uma vontade coletiva e, desta forma, enraizada na noção de soberania popular do “governo do povo, para o povo e pelo povo”[206]. Essa concepção clássica de democracia associa-se à tradição da democracia de assembléia e/ou democracia direta cujos fundamentos político-filosóficos remontam à Polis grega e à conceituação de soberania popular. A idéia central é a da plena eqüidade política dos cidadãos que tem subjacente a idéia de que a soberania popular não se delega.[207]

Contrapondo este conceito clássico de democracia, Schumpeter, em sua obra[208], procura demonstrar como nas sociedades modernas, mais populosas e bem mais complexas, a democracia direta não tendo sentido, é uma impossibilidade objetiva. Sua principal critica à teoria clássica de democracia era à de que o papel

---

[205] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultura, 2005.
[206] LINCOLN, Abraham. **Discurso de Gettysburg** . Proferido na cerimonial de dedicação do Cemitério Nacional de Gettysburg, 19 de Novembro de 1863, é o mais famoso discurso deste Presidente dos Estados Unidos.
[207] As referências históricas são as antigas cidades-estado gregas que proporcionaram o primeiro exemplo de democracia direta. Em Atenas, todos os cidadãos formavam a assembléia e participavam diretamente nos assuntos políticos, intervindo diretamente nas decisões político-administrativas.
[208] SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, l984.

central da participação e da tomada de decisões por parte do povo, como queria Rousseau, baseava-se em fundamentos empiricamente irrealistas.

Para Schumpeter, a consolidação dessas novas sociedades foi acompanhada por modificações na teoria da democracia, na qual se incorpora como desdobramento necessário à concepção de representação. Nesta perspectiva, o povo deixa de ser o paradigma direto das decisões, mas atuaria por meio de uma representação. Esse processo se consolida dentro dos regimes que acompanha a conformação do estado liberal-constitucional, nos quais se substitui a concepção de democracia como soberania popular pela concepção de democracia como método, ou democracia constitucionalizada.

Schumpeter[209] entende que democracia "significa o método que uma nação usa para chegar a decisões. Devemos ser capazes de caracterizar tal método indicando por quem e como são tomadas tais decisões".

Neste sentido o papel do povo é produzir um governo no qual o método democrático é aquela organização institucional para chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto popular.

Em oposição à concepção elitista de democracia de Schumpeter, e ao criticar este sociólogo, Pateman afirma[210]:

> O ponto de partida de sua análise é um ataque à noção de teoria democrática como
> uma teoria de meios e fins. Democracia, afirma ele, é uma teoria dissociada de quaisquer ideais ou fins [...] democracia é um método político, ou seja, trata-se de um determinado tipo de arranjo institucional para se chegar a decisões políticas, legislativas e administrativas e, portanto, não pode ser um fim em si mesmo, não importando as decisões que produzem sob condições históricas dadas [...] na medida em que se afirma uma 'lealdade sem compromissos' à democracia, supunha-se que o método cumprisse outros ideais, por exemplo, o de justiça.

Na teoria elitista de Schumpeter democracia nada mais é que um método institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o

---

[209] SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. *Op cit*. Pg. 322
[210] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. Pag. 12.

poder de decisão por meio de uma luta competitiva pelo voto popular. Sua ênfase na competição entre as elites sugere que só quando os limites da liberalização são ultrapassados as condições mínimas de democratização realizam-se, ou seja, quando se estabelece algum tipo de acordo ou compromisso básico para que a escolha de "quem" governa se faça por meio de eleições livres e competitivas.

Outro elitista, Macpherson, analisa em sua obra que o ponto essencial é o da competição dos que potencialmente tomam as decisões pelo voto do povo, uma vez que há evidências contra a racionalidade do comportamento dos eleitores. Ele afirma[211]:

> [...] O propósito da democracia é registrar os desejos do povo tais como são, e não contribuir para o que ele poderia ser ou desejaria ser. A democracia é tão somente um mecanismo de mercado: os votantes são os consumidores: os políticos são os empresários [...]

Schumpeter defende que são as elites as portadoras de racionalidade política e assim os únicos sujeitos capazes de tomarem decisões, cabendo aos indivíduos terem sua participação limitada ao voto. A democracia seria então um mecanismo estabilizador, por meio do qual os cidadãos elegem seus representantes.

Afirma Schumpeter[212]:

> Para simplificar as questões, restringimos o tipo de competição pela liderança que
> deverá definir a democracia à livre competição pelo voto livre. A justificativa para isso é o fato de a democracia parecer implicar um método reconhecido pelo qual se pode conduzir a luta competitiva, e de o método eleitoral ser praticamente o único disponível a comunidades de qualquer tamanho.
> [...]
> Segundo a visão que adotamos, democracia não significa e não pode significar que o povo realmente governe, em qualquer sentido óbvio dos termos 'povo' e 'governe'. Democracia significa apenas que o povo tem a oportunidade de aceitar ou recusar as pessoas designadas para governá-lo. Mas como o povo também pode decidir isso de maneira inteiramente não-democrática, temos de estreitar nossa definição, acrescentando mais um critério que defina o método democrático, ou seja, a livre competição entre líderes potenciais pelo voto do eleitorado[...]

---

[211] MACPHERSON, C. B. **A Democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar,1978. Pags. 82-83.
[212] SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. *Op cit*. Pag. 338 e 355.

Verifica-se que, para Schumpeter, a democracia é o método de seleção de lideranças governamentais pela competição eleitoral, asseguradas às condições necessárias para que haja liberdade de competição pelo voto entre as elites.

David Held, no entanto, esclarece que, no sistema democrático de Schumpeter, os únicos participantes plenos são os membros de elites políticas em partidos e em instituições "públicas". Em face disso, para Schumpeter, o papel dos cidadãos ordinários é não apenas altamente limitado, mas freqüentemente retratado como uma intrusão indesejada no funcionamento tranqüilo do processo "público" de tomada de decisões. Tudo isso transmite considerável tensão à afirmativa de que o "elitismo competitivo" é democrático. Ainda afirma Held que a teoria de Schumpeter pouco teria a contribuir para o entendimento de democracia, exceto o argumento de "proteção contra a tirania".[213]

Contudo, a democracia não deve ser o método de simples "jogos institucionais" de poder das elites, ou de princípios constitucionais irrevogáveis, mas deve ser algo em construção, ou concretizado por meio do desenvolvimento humano, até porque o direito é fruto da cultura humana, e não existe uma formula para cultura, pois esta é a conseqüência de um processo social latente e sempre em transformação.

Verifica-se a frágil, porém essencial relação entre sociedade e representatividade, na qual a sociedade apresenta uma evolução contínua e dinâmica do seu modo de pensar, dos seus valores etc., e que, por outro lado, os sistemas representativos devem acompanhar essa evolução sob pena de perda da eficácia.

Cabe ressaltar que não é uma simples redução de complexidade, conseqüência da formação de sistemas representativos, ou adoção da teoria elitista, que possibilita o entendimento dos fenômenos políticos de uma sociedade, pelo contrario, fatores históricos e a própria dinâmica social são determinantes para a análise.

---

[213] HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, l987. Pag. 168.

4 O ativismo judicial.

A jurisdição constitucional ganha destaque a partir da noção de Estado Democrático de Direito, pois se verifica a necessidade de criação de um órgão estatal (Tribunal Constitucional) e independente do órgão encarregado da produção normativa (Legislativo), ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do paradigma da supremacia constitucional, isto é, separação e determinação das funções do Poder Público.

Como destaca o jurista brasileiro JOSÉ ADÉRCIO[214], o confronto destas normas hierarquizadas não parecia problemático, até porque o juízo de compatibilidade ou bem se daria por exercícios semânticos de sinontonímias ou bem dependeria de simples comparação do particular ao geral, portanto, os parâmetros de constitucionalidade se reuniam em poucos enunciados expressos e nada mais. No entanto, o trabalho judicial de fiscalização terminou por achar "fantasmas" que se escondiam por trás do texto e que passaram a exigir igual respeito legislativo. "Fantasmas" que logo se converteriam em "princípios" e muitos ganhariam a visibilidade de um corpo positivado. A invasão dos princípios marcou o horizonte de mudanças do Direito que se abria à moral, política, filosofia, sociologia, e a tudo que antes formava o extra-jurídico.

A noção de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição é, contemporaneamente, vista como uma exigência democrática. Como defende o professor García de Enterría[215], *"*uma Constituição sem um Tribunal Constitucional é uma Constituição ferida de morte, pois, é no Tribunal Constitucional que a Constituição, supostamente, deposita suas possibilidades e seu futuro*"*.

A extensão do Direito para um campo antes ocupado exclusivamente pela política e a complexidade dos sistemas jurídicos a demandar um órgão especial apto a realizar o reconhecimento das fontes do Direito são considerados os outros fatores

---

[214] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003. Pg. 203.
[215] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. ***La constitución como norma y el tribunal constitucional.*** Madrid: Civitas, 2001. Pags. 121, 186.

que vieram a justificar a importância dos Tribunais Constitucionais no seu papel de promover a justiça constitucional.

Verifica-se que a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa político-social e a esfera normativa pode justificar a aceitação de transições constitucionais que, mesmo traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais – políticos e jurídicos – da Constituição.

Nesta perspectiva, entende-se o ativismo judicial, pois este fenômeno "está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes", conforme verifica o professor Luís Roberto Barroso[216], em sua obra "O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro".

O professor ainda afirma que[217]:

> [...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Luís Roberto Barroso [218] ainda verifica três situações em que ocorrem o ativismo jurídico:

> [...] A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho[219] verifica em sua obra que, na conjuntura, o "princípio da supremacia do legislador" tem sido abrandado em

---

[216] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.** 4ª edição, rev. e atual. São Paulo – SP: Saraiva. 2009. Pag. 335.
[217] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 335.
[218] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 335.

decorrência da expansão das funções da jurisdição constitucional, quer no sistema difuso, quer no sistema concentrado de controle, além da crise da representatividade democrática. Defende o doutrinado que essas vicissitudes acabam por concorrer para que a impossibilidade de acesso de grupos minoritários ao poder político seja ultrapassada pela dinâmica e criatividade das Cortes Constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, independentemente dos "caprichos momentâneos" da maioria parlamentar.

Verifica-se que a mencionada "dinâmica" e "criatividade" das Cortes Constitucionais no exercício da jurisdição constitucional possibilita o ativismo judicial destas.

Não são poucos os exemplos de ativismo jurídico nas atuações do Supremo Tribunal Federal – STF.[220]

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 464143/SP[221], verificou a possibilidade da função judicial do Poder Público determinar a implementação de políticas públicas pelo Estado, quando este inadimplente de políticas constitucionalmente previstas. A decisão do STF restou assim ementada:

> Ementa DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.
> Decisão
> A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 15.12.2009.

---

[219] CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Pag. 1328.

[220] **RE 463.210 – AgR/SP**, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006; **RE 384.201 – AgR/SP**, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unanime, DJe 03.8.2007; e, mais recente, o **RE 600.419/SP**, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

[221] **AgR no RE N° 464143/SÃO PAULO – SP**. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe-030, Divulg. 18-02-2010. Pub. 19-02-2010, Ement. vol-02390-03 pg. 556.

No caso em análise ambas as turmas do STF consolidaram entendimento em torno da matéria para reconhecer que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições objetivas que possibilitam o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares.

O ponto contraditório ao entendimento acima expresso consiste no argumento, segundo o qual as decisões judiciais que determinam a matrícula de crianças em creches, para adequar o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, configuram indevidas ingerências do Poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, violando o disposto no art. 2° da Constituição Federal, que estabelece a independência e harmonia das funções do Poder Público, pois a imposição de obrigação de fazer implica ampliação da rede de ensino, contratação de funcionários especializados e demais atos administrativos de exclusiva discricionariedade estatal, além de interferência no orçamento do Erário Público, que necessita de dotação específica para a implementação dos meios necessários à concretização da medida determinada pelo judiciário.

No julgamento do Recurso Extraordinário n° 271.286 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, os ministros do STF entenderam que

> o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional
> .

A decisão do STF[222] restou ementada da seguinte forma:

> E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das

---

[222] STF**.** Segunda Turma, **RE 271.286 AgR/RS.** Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 12/09/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE-AgR.SCLA.%20E%20271286.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em 28 jun. 2011.

> pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Verifica-se que o rol de direitos mínimos, por ser um conceito eminentemente subjetivo, variará com o tempo e as circunstâncias. Os direitos mínimos para o cidadão da Suécia, por exemplo, é bem diferente do cidadão do terceiro mundo. As prioridades brasileiras são muito mais básicas. Essa variação conceitual dependerá principalmente da arrecadação de recursos para provimento das necessidades e da força das classes menos favorecidas na defesa de seus interesses dentro da arena política, devendo se impor desde a elaboração da proposta até a fase final do controle dos gastos.

É óbvio que, se não houver um infraestrutura de tecnologias e recursos financeiros, ficará mais difícil à função judicial do Poder Público obrigar o Executivo à implementação das políticas sociais. Nesse caso, o descumprimento resultará de

uma total impossibilidade material, impedindo que se censure o administrador. Em uma situação extrema como esta, resta ao governante elaborar plano de ação alternativo para contornar o problema, como diminuição em gastos de capital ou aumento de impostos, por exemplo, para cobrir esse déficit na área social, que deve ser prioritária, o que de certa forma acaba o Judiciário afetando a governabilidade do Estado.

Não se deve descartar a necessidade da intervenção judicial para a efetivação de conceitos constitucionais essenciais para a sociedade, porém, apenas permitir esta intervenção não resolverá a crise de efetividade constitucional, ou a inefetividade de políticas públicas, pois é necessária também uma atuação conjunta das funções executiva e legislativa, com a judiciária, na implementação de programas constitucionalmente previstos.

A formação de um estatuto (Constituição) que traz normas fixas, ou estruturais, pode ser um paradoxo à conjuntura sócia-política que, além de influenciar este sistema jurídico, fornece os recursos de efetividade do Direito Constitucional. Então, o Estado não pode atribuir um caráter absolutista à Constituição, a ponto de engessar a política social, econômica, educacional e etc., nem pode permitir uma interpretação inconstitucional da Constituição, por suposta mutação.

Em face disso, criar um Tribunal Constitucional, responsável pela soberania da interpretação constitucional, e que suas decisões são vinculativas, além de ser capaz de formar súmulas, ou enunciados normativos, que também vinculam, pode corresponder a formação de uma Corte de Técnicos com ultra-poderes, que tomará as principais decisões do país, pois a capacidade interpretativa é tão poderosa quanto a capacidade legiferante, e, às vezes, chega a ser mais poderosa, haja vista alguns institutos do Direito brasileiro como a Súmula Vinculante, que tornam fixos entendimentos/interpretações constitucionais.

Para exemplificar, verifica-se um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação da função legislativa do Poder Público, qual seja, o caso da fidelidade partidária.

O Supremo Tribunal Federal – STF decidiu no julgamento do Mandado de Segurança n° 26.602 (relator Ministro Eros Grau) e Mandado de Segurança n° 26.603 (relator Ministro Celso de Mello), que o exercício de mandato eletivo não é direito pessoal do candidato e está vinculado à lealdade à agremiação.[223]

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3999/DF, que tem por objeto a análise de constitucionalidade das Resoluções n° 22.610/2007 e n° 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, o Supremo Tribunal Federal – STF, reafirmando que o mandato eletivo não pertence ao candidato, mas sim ao partido, ainda sustenta que

> as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.[224]

Vislumbra-se ativismo judicial nestas decisões, pois o STF, antecipando-se ao Legislativo, criou uma nova hipótese de perda do mandato eletivo parlamentar, além das que se encontram expressamente no texto constitucional, em nome do “princípio democrático da fidelidade partidária”.

A interpretação das leis conforme a Constituição, não aponta apenas para o passado. Objetiva a verificação das hipóteses de alteração do sentido da Constituição mais ou menos em conformidade com as Leis Ordinárias que começaram por ser concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua interação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em indicativos das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou.

Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade no Brasil tem por órgão central não apenas um Tribunal Constitucional nos moldes dos tribunais da Europa Continental, mas um Tribunal, ou órgão, com “super-poder” político de controle de

---

[223] **MS 27938/DF.** Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 11/03/2010. Pub. DJe-076 divul. 29/04/2010, publ. 30/04/2010. Pag. 883.

[224] **ADI 3999/DF**. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/11/2008. Publicação DJe-071 divul. 16/04/2009 publ. 17/04/2009. Pag. 99.

constitucionalidade, verdadeiro órgão de poder constituinte permanente, pois este órgão além de compor o ápice da função judicial do Poder Público, revendo julgados em controle difuso ou jurisdicional de constitucionalidade, podendo criar súmulas vinculantes – instrumento de intervenção da função judiciária nas funções legislativa e executiva – ante as reiteradas decisões neste controle, também atua politicamente na análise abstrata das normas jurídicas, via ação direta.

Ressalta-se que em certos momentos as decisões desse órgão geram maiores repercussões na sociedade do que o próprio texto constitucional, pois interpretar normas não é apenas uma técnica de controle de constitucionalidade, mas também exercício de um Poder. Como verificou-se, este exercício tem revelado o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal – STF.

Como entende o constitucionalista Luís Roberto Barroso em sua obra[225]:

> Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilo e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àqueles que ocorram no serviço público.

O controle de constitucionalidade, dentro do contexto mais amplo da jurisdição constitucional, enfrenta o paradigma da tutela dos direitos fundamentais ou a estabilidade do governo – governabilidade – pois, o excesso formalístico, teórico e prático, a que foi remetido o Direito Constitucional, conseqüência do positivismo científico jurídico, levou-o a ser um compartimento num espaço artificialmente construído (universo dos valores) e isolado da própria realidade, tida como “ser”, sobre o qual esse mesmo sistema normativo, enquanto “dever ser”,

---

[225] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 334.

deveria incidir e exercer sua regulação social. Neste contexto, a maior questão não se trata de identificar o correto significado da norma, muito menos a codificação e hierarquia delas; mas, chegar a uma conclusão sobre a mais razoável, para que o texto constitucional tenha efetividade, e tanto a Corte Constitucional, quanto as funções do Poder Público desempenham atividades importantes para esta resolução.

A jurisdição constitucional quando bem exercida é um instrumento de efetividade da democracia. Contudo, a importância da Constituição, e do Supremo Tribunal Federal como seu interprete, não pode suprimir, por óbvio, a política, o governo, nem o papel do Legislativo, pois cabe à Lei, votada por esta função do Poder Público e sancionada pelo Executivo, fazer as escolhas entre as diferentes perspectivas que caracterizam as sociedades pluralistas. Em face disso, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso Nacional. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais devem apenas atuar, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.[226]

O professor José Augusto Delgado[227] afirma, em sua obra, que o ativismo judicial como "uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional". Sob esta perspectiva vislumbra-se que o ativismo judicial é uma postura que, ao ser adotada pelos órgãos da função judicial do Poder Público, fazem recusar outra postura diametralmente oposta, qual seja, a "auto-restrição" judicial ou "moderação judicial".

O jurista alemão Ronald Dworkin[228] analisa esta atividade do Judiciário, sob a seguinte perspectiva:

> [...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do

---

[226] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 340.
[227]DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea.** In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Pag. 319.
[228] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pag. 215.

> governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequíoco.

Vislumbra-se que "ativismo judicial" é um exercício pró-ativo dos órgãos da função judicial do Poder Público, não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente formal, mas é uma atividade perspicaz na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros. Em face disso, a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios.

Sob esta ótica, defende Dworkin[229] que:

> O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim, por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso [...]

Não é demais acrescentar aos exemplos já citados, o julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 45/DF, no qual o Ministro Relator Celso de Mello, ao julgar prejudicada a referida ADPF por perda superveniente do objeto, em decisão monocrática, que tinha por mérito a verificação da constitucionalidade do veto presidencial do §2° do art. 55 da Lei n° 10.707/2003, analisa também que a ADPF, em seu sentido mais amplo, é um instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas

---

[229] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. Cit.* Pag. 215

instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

O Ministro ainda afirma que essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal – STF evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode renunciar ao encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Após verificar a perda do objeto da mencionada ADPF n° 45/DF, pois havia sido editada Lei, em que reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), que veio a ser vetado pelo Presidente da República, o Ministro Celso de Mello [230] afirma:

> [...]
> Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.
> Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]
> - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)
> É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em

[230] **ADPF 45 MC/DF.** STF. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 29/04/2004. Publ. DJ 04/05/2004, Pag. 12.

> especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.
> Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático [...]

Ronald Dworkin[231], contudo, adverte, em sua obra “O império do Direito”, que:

> O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Uma das criticas ao ativismo judicial que se deve destacar também, é a feita por Ingeborg Maus[232]:

> Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instancia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Nessa perspectiva, os órgãos da função judicial do Poder Público – principalmente o Supremo Tribunal Federal quando atua no controle concreto de constitucionalidade como ultima instancia do Judiciário – sempre que possível,

---

[231] DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999. Pag. 451-452.
[232] MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, nº. 58, Novembro de 2000. Pag. 186-187.

devem evitar pronunciar-se sobre questões que não são imprescindíveis para o caso que tem em análise. Devem, portanto, decidir cada caso a sua vez, e apenas naquilo que lhe é exigido, evitando, ao máximo, posicionar-se sobre questões morais ou políticas que sejam refutáveis à solução do problema particular.

O professor Luís Roberto Barroso[233] afirma que o ativismo judicial é um "antibiótico" poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. O professor ainda afirma que a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira, ou seja, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. O professor destaca que a solução é a reforma política, e esta não pode ser empreendida por juízes.

5 A crise de representatividade política no Brasil.

Não existe no Brasil uma efetividade satisfatória do texto constitucional, a sociedade enfrenta uma crise de representação política, na medida em que muitos projetos e programas sociais não são efetivados.

Verifica-se que a Constituição brasileira determina princípios administrativos complexos e subjetivos para os agentes políticos da Administração Pública – princípio da moralidade e impessoalidade, por exemplo – porém, a corrupção no sistema político brasileiro atingiu um estágio "institucional", haja vista a estrutura da corrupção dos ocupantes de cargos políticos no governo LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA, alcunhada de "mensalão".

Os fatos criminosos oriundos dessa organização corrupta da política brasileira, denominada "mensalão", foram apurados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que ao receber a denúncia do Ministério Público, transcreve os seguintes trechos em acórdão[234]:

> [...] CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ARTIGO 288 DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO, MODO E LUGAR DO CRIME ADEQUADAMENTE DESCRITAS. ELEMENTO SUBJETIVO

---

[233] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 346.
[234] **Inq 2245/MG.** Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. DJ 09-11-2007; PP-38; VOL. 2298-01; Pg. 1.

> ESPECIAL DO CRIME DEVIDAMENTE INDICADO. ESTABILIDADE DA SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONSTATADA. COMUNHÃO DE DESÍGNIOS DEMONSTRADA NA INICIAL. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS NARRADAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. EXISTENTES SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.
> [...] "CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.1. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. PRESENTE A JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. [...]

A peça acusatória (ação penal pública) do Ministério Público Federal – MPF, conforme consta na citada decisão do STF, descreveu a prática, em tese, do crime de formação de quadrilha pelos acusados (dentre eles encontram-se membros políticos das funções legislativa e executiva do Poder Público), narrando todos os elementos necessários à conformação típica das condutas.

A associação criminosa prévia dos supostos membros teria se formado em meados do ano de 2002, quando já estava delineada a vitória eleitoral do partido político a que pertencem os supostos mentores dos demais crimes narrados pelo Ministério Público Federal.

Cabe ressaltar que a suposta "quadrilha" teria funcionado a partir do início do ano de 2003, quando os crimes para os quais ela em tese se formou teriam começado a ser praticados, sendo que estão descritos na denúncia tanto o elemento subjetivo especial do tipo (finalidade de cometer delitos) como o elemento "estabilidade da associação".

A decisão do STF, que acolhe a denuncia, descreve sucintamente que a dinâmica dos fatos se protrai no tempo, começando em meados de 2002 e tendo seu fim com o depoimento de um dos acusados, em 2005.

Foram realizadas inúmeras reuniões nas quais, aparentemente, decidiu-se o modo como se dariam os repasses das vultosas quantias em espécie, quais seriam os beneficiários, os valores a serem transferidos a cada um, além da fixação de um cronograma para os repasses, cuja execução premeditadamente se protraía no tempo.

Os autos do Inquérito revelam a presença de indícios de que os acusados, agentes políticos, no afã de garantirem a continuidade do projeto político da agremiação partidária a que pertencem ou pertenciam, teriam engendrado um esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais, com a finalidade de utilizar esses recursos na "compra" de apoio político de outras agremiações partidárias, bem como para o financiamento futuro e pretérito das suas campanhas eleitorais.

A denúncia do Ministério Público descreve ainda o mecanismo de "lavagem de capitais", permitindo que se realizassem, nas dependências de agências da instituição (São Paulo, Minas Gerais, Brasília e Rio de Janeiro), as operações de saque de vultosas quantias em pecúnia, sem registro contábil, operacionalizadas por meio de mecanismos tendentes a dissimular os verdadeiros destinatários finais dos recursos.

Verifica-se que um dos acusados das práticas criminosas ocupava a Presidência da Câmara dos Deputados, no momento em que os fatos ocorreram, e os elementos indiciários constantes do Inquérito, dos quais se extrai a informação de que ele teria recebido quantia proveniente da empresa administrada por outro acusado, constituem indícios idôneos de materialidade e autoria do delito de corrupção passiva.

Ante este quadro de corrupção da política representativa brasileira, torna-se quase impossível a efetivação de preceitos democráticos fundamentais, como a implementação de políticas públicas voltadas para a satisfação dos programas constitucionais de educação, saúde, cultura, dentre outros.

Não se deve negar que, em decorrência das peculiares características culturais, econômicas e políticas de nosso povo, resultantes de nossa herança ibérica e do modo como se operou, em nosso país, a institucionalização do Poder, o nosso sistema de representação tem apresentado uma forte tendência às crises políticas, à concentração do poder e à ineficácia da asseguração dos direitos e garantias.

Pode ser citado como exemplo de princípio tradicional, e não racional, que ainda influencia o quadro administrativo e político de regiões do Brasil, a presença

da forma *“coronelista”*[235] de governo. A sociedade brasileira ainda não superou efetivamente o *“voto por cabresto”*.

Cada sociedade apresenta peculiaridades em sua organização jurídica fundamental, ou “quadro administrativo”, suficientes para distingui-la de outra sociedade. E, particularmente, na sociedade brasileira vislumbra-se uma Constituição que legitima o Estado Democrático de Direito, possui diversos princípios fundamentais individuais e sociais importantes, além de estabelecer princípios evoluídos para a Administração Pública, porém, em boa parte das regiões do país, possui um quadro administrativo tradicionalista e não racional, onde não vigoram princípios republicanos.

O Brasil enfrenta problemas infraestruturais em diversas frentes como educação, saúde, saneamento, conseqüência da ineficiência da máquina pública, concentração de renda, e, por fim, devido ao mau planejamento, e conseqüentes déficits fiscais e orçamentários. São questões que devem ser resolvidas o mais urgentemente possível.

A representação política deve ter como atribuição o controle da qualidade das despesas públicas, avaliando seus efeitos e seus impactos na sociedade, facilitando a implementação das políticas públicas. Contemporaneamente, seu objetivo maior deve ser assegurar a boa governança no trato da coisa pública, por meio de uma gestão moderna, eficiente e eficaz, que controle o uso dos recursos de modo racional e econômico. Uma gestão transparente, que garanta ao cidadão saber como estão sendo gastos seus recursos, orientada para os resultados da ação. Insere-se, desta feita, o conceito de eficiência, eficácia e efetividade no processo de representação parlamentar em paralelo à atividade governamental e administrativa.

Não será possível a superação da crise de representatividade política, sem a sociedade modificar alguns comportamentos perniciosos, como os desvios de

---

[235] O coronelismo foi um sistema de poder político que vicejou na época da República Velha (1889-1930), caracterizado pelo enorme poder concentrado em mãos de um poderoso local, geralmente um grande proprietário, um dono de latifúndio, um fazendeiro ou um senhor de engenho próspero.

A forma institucional deste sistema de poder político surgiu com a formação da Guarda Nacional, criada em 1831, como resultado da deposição de dom Pedro I, ocorrida em abril daquele ano. Inspirada na instituição francesa, forjada pelos acontecimentos de 1789, a "guarda burguesa" era uma milícia civil que representava o poder armado dos proprietários que passaram a patrulhar as ruas e estradas em substituição às forças tradicionais, derrubadas pelos revolucionários.

finalidade por parte da função executivo do Poder Público na execução dos gastos e as falhas dos mecanismos de controle hoje existentes, carecedores de um maior engajamento tanto da função legislativo quanto dos cidadãos em geral. Este é um questionamento que surge, ante o descaso cometido pelo Governo na execução dos gastos públicos, uma vez que geralmente só executa a parte que lhe rende proveitos políticos.

Para uma representatividade política eficiente, é necessária uma maior participação dos cidadãos no processo político, para tanto não é apenas suficiente a eleição em sentido estrito, mas também uma participação ampla da população nos processos de decisão, como iniciativas populares, consultas públicas, e implementação de instrumentos que permitem um controle político direto, além da conscientização política da sociedade, por meio de uma educação pública eficiente.

Na prática, a vontade popular é apenas representada pelos órgãos da função legislativa do Poder Público. Porém, a execução das leis aprovadas cabe ao Executivo, que geralmente, no caso brasileiro, contingencia os gastos que não lhe interessam politicamente, só liberando verbas para seus "currais eleitorais". Ou seja, independe da importância do programa à população, passando a depender dos interesses eleitoreiros. Principalmente no que tange aos gastos de capital com as minorias.

Conclusão.

Atualmente o fenômeno da "judicialização da política" adquiriu uma notável popularidade, ultrapassando as esferas acadêmicas para converter-se em expressão de uso comum[236]. Na sociedade brasileira, este tema passou a ser analisado por cientistas sociais, juristas e políticos, orientando estudos de caráter empírico[237], e análises das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF[238], conforme o importante trabalho de Luiz Werneck Et Alli Vianna[239].

---

[236] MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises**. In: *Lua Nova*, nº 57, 2002.

[237] ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp, 1997; VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

Apesar da diversidade dos trabalhos acadêmicos, o ponto convergente destes é o reconhecimento da participação da função judicial do Poder Público no processo de tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas, decorrente do aumento de seu poder de fiscalização sobre as decisões do legislativo e do executivo.

Verifica-se que a "judicialização da política" está relacionada a um conjunto de transformações que levaram ao surgimento do Estado Social[240]. Essa forma de Estado implica uma regulação crescente da vida social pelo direito, o que leva à ampliação da esfera de atuação do Judiciário para garantir a observância das normas estatais em áreas que, no Estado Liberal, eram deixadas à "auto-regulação", tais como as relações de trabalho, o direito contratual e as atividades econômicas. Além disso, o Estado Social também caracteriza-se pela expansão dos poderes do executivo, o que diminui a possibilidade de controle de seus atos pelo legislativo e reclama a intervenção do judiciário para reequilibrar o exercício das funções do Estado, protegendo os direitos violados por decisões da maioria[241].

O professor Antonio Moreira Maués[242] analisa que a "sociedade organizada" descobriu o judiciário como um meio para suas demandas, solicitando-lhe de modo crescente a proteção de direitos sociais não efetivados e desenvolvendo estratégias de litigância nas ações judiciais. O professor também afirma que, no quadro de crise econômica e descontrole inflacionário, os diferentes planos adotados por sucessivos governos foram submetidos à apreciação dos juízes, deixando a sociedade em suspenso até sua manifestação. Fundamentando suas decisões no direito adquirido,

---

[238] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº 34, p. 147-156, junho/1997; FADEL, Alexandre Pinho. **O presidencialismo de coalizão e a crescente judicialização da política dos partidos de oposição no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004; MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns do partidos políticos.** In: Revista de Informação Legislativa, nº 163, 2004.

[239] VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. **A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[240] PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e Social-Democracia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989; FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

[241] CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional**. In: FAVOREU, Louis *et alli*. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madrí: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

[242] MAUÉS, Antonio Moreira. **Circuitos Interrompidos: As Adins dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal (1999-2004)**. *Op. Cit.*

o Judiciário invalidou medidas que tinham um considerável impacto financeiro, e matérias sensíveis das políticas públicas, tal como a reforma agrária e as privatizações, foram questionadas junto aos tribunais. Mesmo as lideranças políticas não hesitaram em recorrer ao judiciário para solucionar divergências internas dos partidos.

Alec Stone Sweet[243] dividi o processo de judicialização da política em dois momentos: No primeiro, ocorre a "politização da justiça constitucional", por exemplo, o controle de constitucionalidade é acionado para modificar os resultados do processo legislativo ou a interpretação da Constituição, o que coloca o Tribunal Constitucional, que no Brasil é o STF, na posição de árbitro final dos conflitos políticos; no segundo momento, ocorre a "judicialização do processo legislativo", isto é, ao solucionar as demandas, a justiça constitucional produz um discurso no qual se elaboram as normas que regem o exercício do poder legislativo, normas essas que são cumpridas pelos legisladores.

A influencia que as decisões judiciais geram no sistema político é que norteia o rumo, e intensidade, das ações do executivo e do legislativo, e determina também em que medida a política é judicializada. Em face disso, a judicialização implica o funcionamento de um circuito no qual as demandas trazidas pelo sistema político ao sistema judicial retornam a ele como um conjunto de orientações a serem cumpridas, pois as decisões da justiça constitucional não apenas resolvem casos presentes, mas também estabelecem parâmetros para a solução de casos futuros, possibilitando interpretações que vincularam eventos futuros, ou seja, uma verdadeira atividade para-legislativa do Judiciário.

Esta atuação pró-ativa da função judicial do Poder Público prescinde de uma reflexão mais acurada, ante o caráter normativo sobre a judicialização da política, e a legitimidade democrática da justiça constitucional, estabelecendo-se os limites[244], ante o respeito que os tribunais devem às decisões tomadas pelo legislador democrático.

---

[243] STONE SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.
[244] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O Supremo Tribunal Federal, em um número expressivo de julgados, tem aplicado de forma direta a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, dando às normas constitucionais um alcance maior[245]; também tem declarado a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador ou Executivo, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição[246]; além de determinar implementação de políticas públicas, constitucionalmente previstas, ao Estado, impondo condutas ou abstenções ao Poder Público[247].

Destaca-se que este ativismo expressa uma postura expansiva do STF, o que, conseqüentemente, potencializa o sentido e alcance das normas constitucionais, para ir além do legislador ordinário.

É um instrumento que contorna a inércia das funções executiva e legislativa do Poder Público na efetivação de políticas públicas e dos Direitos Fundamentais, contudo, poderá ser um risco para a legitimidade democrática, na medida em que aumenta a interferência da função judicial nas outras funções do Poder Público – e todas são importantes para o processo democrático e efetivação das normas constitucionais – além de possibilitar a politização da justiça constitucional.

A implementações de políticas públicas por meio da função judicial, pode ser um meio de efetividade dos conceitos constitucionais, principalmente quando são inertes as outras funções. Porém, apenas permitir esta intervenção não resolverá a crise de eficiência constitucional, ou a inefetividade de políticas públicas, até porque, conforme verificou-se neste trabalho, o problema pelo qual a sociedade brasileira passa é complexo, e refere-se à crise de representatividade política.

Portanto, é necessária uma maior participação dos cidadãos no processo político, não sendo suficiente apenas a eleição em sentido estrito, mas também uma participação ampla da população nos processos de decisão, como iniciativas

---

[245] **ADI 3999/DF**. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/11/2008. Publicação DJe-071 divul. 16/04/2009 publ. 17/04/2009. Pag. 99.

[246] **ADI 3685/DF**. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Tribunal Pleno. DJ. 10/08/2006. Pag. 19.

[247] **AgR no RE N° 464143/SÃO PAULO – SP**. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe-030, Divulg. 18-02-2010. Pub. 19-02-2010, Ement. vol-02390-03 pg. 556. **RE 463.210 – AgR/SP**, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006. **RE 384.201 – AgR/SP**, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unanime, DJe 03.8.2007. **RE 600.419/SP**, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

populares, consultas públicas, e implementação de instrumentos que permitem um controle político direto, além da conscientização política da sociedade, por meio de uma educação pública eficiente.

Vislumbra-se que a vontade popular é apenas representada pelos órgãos da função legislativa do Poder Público (mesmo que isso ocorra na teoria). Porém, a execução das leis aprovadas cabe ao Executivo, que geralmente, no caso brasileiro, contingencia os gastos que não lhe interessam politicamente, só liberando verbas para seus "currais eleitorais". Ou seja, independe da importância do programa à população, passando a depender dos interesses eleitoreiros. Principalmente no que tange aos gastos de capital com as minorias.

Não será possível superar este quadro de crise de representatividade, enquanto a sociedade brasileira continuar apática às questões políticas, para tanto é necessário um processo de conscientização e mobilização política. Porém, em uma sociedade na qual existem problemas básicos na educação infantil, a conscientização político-social não passará de uma “fantástica quimera”.

Referência bibliográfica.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.** 4ª edição, rev. e atual. São Paulo – SP: Saraiva. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniel Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais:** novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, junho de 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2007. Pags. 536.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. ***La constitución como norma y el tribunal constitucional.*** Madrid: Civitas, 2001.

GOMES JUNIOR, Luiz Moreira. **A Constituição como simulacro**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro – RJ. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol I. Trad. Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução: Walter Stönner. Versão para e-Book. eBooksBrasil.org. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaol.html> Acesso: 20 out. 2007.

LOCKE, John. **O segundo tratado do Governo Civil.** São Paulo: Nova Cultura, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro – RJ: Tempo Brasileiro, 1983.

MACPHERSON, C. B. **A Democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar,1978.

MAUÉS, Antonio Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil – As ADIns dos partidos políticos**. Brasília a 41n, n.163 jul/set. 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das Leis.** São Paulo: Nova Cultura, 2005.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultura, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultura, 2005.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição.** Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, l984.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn**. The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press. 1995.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vl. 1. 3ª ed. Editora UnB. Brasíli-DF. 2000.

CAPÍTULO 10

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O JULGAMENTO DA ADPF 132

Hugo Souto Kalil
DOI 10.11117/9788565604233.10

Introdução

Em 5 de maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu um julgamento que, nas palavras do Ministro Luiz Fux, constituía um momento de *ousadia judicial*, enquanto o Ministro Celso de Mello afirmava sua densa significação histórica. Naquela ocasião, a Corte julgou conjuntamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, que tratavam do reconhecimento de efeitos jurídicos, como entidade familiar, das uniões entre pares homossexuais (também denominadas uniões homoafetivas).

Apesar da notória polêmica do tema, a decisão da Suprema Corte foi unânime, ao estender o mesmo regime de proteção das uniões estáveis (previstas no artigo 226, §3º, da Constituição da República), às uniões *gays*. O desenvolvimento ulterior dessa jurisprudência desaguou em decisão recente, do Conselho Nacional de Justiça, de determinar aos cartórios extrajudiciais de todo o País que se abstenham de recusar registro de casamento (em sentido estrito) entre pares homossexuais.

O presente trabalho, apresentado no âmbito de um curso que versou o tema do ativismo judicial, pretende avaliar a decisão da Corte nesse caso, à luz das dimensões do ativismo judicial.

Embora se trate de uma expressão equívoca, cujo significado frequentemente se afasta de contornos precisos e cujo nascedouro deita raízes pouco técnicas[248], o

---

[248] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. IN: FELLET, de Paula e Novelino (ed). **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, pp. 387-402.

ativismo judicial é um dos temas de maior interesse e repercussão no constitucionalismo. Cuida-se de fenômeno ora criticado – e oposto à auto-contenção – , ora elogiado – e oposto ao passivismo –, mas que configura uma ocupação comum aos juristas no contexto do avanço da judicialização e do chamado déficit de legitimidade do Congresso Nacional.

Investiga-se, portanto, em que medida a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 132 foi ativista, consoante os critérios de identificação do construto que serão expostos ao longo do texto. Amiúde, devem ser verificadas a eventual ocorrência de rompimento da fidelidade interpretativa para com a norma Constitucional e a vontade inequívoca dos constituintes; de rompimento da estabilidade interpretativa na ressignificação do conceito usual de família; de manejo de mutação constitucional fora dos limites semânticos do texto; e, finalmente, tratar-se-á dos limites do desempenho da função contramajoritária.

Para tanto, o trabalho será iniciado com a construção de uma definição do ativismo judicial, bem como da formulação de critérios razoavelmente objetivos para identificá-lo. Em seguida, será apresentado uma sinopse dos votos dos julgadores na decisão submetida à análise, com destaques de conteúdo sobre os pontos mais relevantes – e que servirão de parâmetro para a avaliação, com base nos critérios anteriormente formulados. Finalmente, o último tópico será reservado para a consecução desta avaliação, propriamente.

Ao final, pretende-se demonstrar que o julgamento excedeu os limites constitucionais para a atuação da jurisdição constitucional, a revelar que eventual modificação desta ordem somente poderia ter sido inserida no texto constitucional por emenda.

2 Definindo o ativismo judicial.

A expressão ‘ativismo judicial’ não identifica um conceito unívoco, dogmático, doutrinariamente fechado, que possa ser dado por conhecido, *a priori*, pelo leitor. Pelo contrário, o seu manejo em situações mui diversas, com conteúdos frequentemente diferentes – e, por vezes, mesmo contraditórios – importa na necessidade de se apresentar ao destinatário do texto *de que ativismo judicial se*

está a tratar. Em outras palavras: é preciso, previamente à análise crítica de uma decisão judicial, determinar quais critérios serão utilizados para avaliar se essa decisão é ativista.

Essa a razão que leva o presente tópico, seguramente, a ser o mais propenso a críticas. Aqui se elaborará, de modo despretensioso e mediante recurso à produção acadêmica de outros autores, a noção de ativismo judicial que iluminará o restante do trabalho; portanto, se a análise que se seguir ao presente item for razoavelmente bem conduzida, a conclusão será inevitavelmente adequada ao modelo formulado. Assim, em face de eventual desconforto com as conclusões alcançadas, os olhos deverão retornar ao tópico presente. Aqui, portanto, repousa a pedra angular do presente trabalho.

Contornos: constitucionalismo, democracia, separação de poderes.

A formulação de uma definição de ativismo deve ser conduzida a partir da apreensão de seus contornos[249]; em especial, deve-se revisitar a já conhecida tensão entre constitucionalismo e democracia – que diz respeito ao papel do Judiciário como guardião da Constituição – e, nesse sentido, entender a separação de Poderes, que representaria, em tese, a régua do ativismo judicial.

E de que trata esta tensão? A ideia de constitucionalismo, no que diz respeito a esse tópico, representa um dos papéis que as Constituições formais desempenham no Estado: o de estabilização e perenização de certos valores, tidos como fundantes da comunidade política estruturada pela Declaração dos Constituintes, de modo a afastá-los do exercício normal do processo decisório.

Evidentemente, a Constituição tem outras finalidades: organizar e distribuir competências, disciplinar processos políticos e judiciários, definir como o Poder será exercido, etc. No entanto, no contexto da tensão entre constitucionalismo e democracia, é com aquela primeira noção que se identifica o instituto teórico.

---

[249] Qual Virgílio, que conduziu Dante pelos círculos do Purgatório até o Paraíso Terrestre, onde o deixou aos cuidados de Beatriz.

Já a ideia de democracia está francamente associada com o exercício do poder político pelo povo, e, especialmente no que interessa ao conceito que ora se explora, pelas maiorias populares (em geral, pela representação).

A estabilização de certas decisões pela Constituição implica, com frequência, na sua retirada do campo de decisão política ordinária: assim, a Constituição torna-se um limite para o exercício da democracia. As maiorias (usualmente referidas como ‘de ocasião’, de modo quase-pejorativo) vêem-se, não-raro, tolhidas do poder de decidir em face de uma decisão anterior tomada pelos Constituintes – que não foram senão o mesmo: uma maioria formada numa determinada ocasião; a diferença é que, em virtude de sua importância histórico-política, essa maioria teve força para promulgar sua vontade política na forma de um novo acordo fundante para a comunidade jurídica.

> Desde esta perspectiva, puede verse que el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático. La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad.[250]

Essa, portanto, é a tensão que se apresenta entre o constitucionalismo e democracia: o confronto entre valores perenes ou cristalizados, consagrados pela Constituição, e a sociedade dinâmica, os dois legitimados de modo diverso, os primeiros pelo texto fundante da comunidade política, a segunda pela unção das urnas, pela escolha popular.

> As democracias constitucionais contemporâneas representam tentativas de conciliar essas duas concepções que vivem em constante tensão. Idealmente, as democracias constitucionais partem de uma decisão democrática fundamental, que estabelece não apenas os procedimentos para o funcionamento do sistema democrático (eleições, parlamentos e governos), mas também esferas de imunidade instituídas sob a forma de direitos, que devem ser assegurados pelos tribunais.[251]

---

[250] HOLMES, Stephen. *EL PRECOMPROMISO Y LA PARADOJA DE LA DEMOCRACIA*. IN: Elster, Jon. Slagstad, Rune. **Constitucinalismo y democracia.** México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

[251] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da corte?* IN: **Revista USP**, n. 21. São Paulo: USP, 1994. pp. 70-77

As Constituições, evidentemente, podem transitar entre modelos diversos segundo seu grau de rigidez ou flexibilidade. Nesse sentido, quanto mais procedimental (e menos substancial), e quanto menor a quantidade de temas sujeitos a um regime de imunidade à legislação (ou de maior dificuldade de alteração), maior será o papel conferido ao legislador, e menor a intervenção exigida do Poder Judiciário[252].

Consagrou-se em todo o mundo, por outro lado, a guarda da Constituição ao Poder Judiciário, havendo Kelsen triunfado sobre a tese schimittiana que advogava que o presidente do Reich seria a personalidade responsável pela preservação do texto constitucional[253]. Nesse estado de coisas, o papel atribuído pelas democracias contemporâneas ao Poder Judiciário, e mais propriamente às Cortes Constitucionais, é fundamental. Cabe-lhes, num contexto de supremacia e de força normativa da Constituição, a preservação da vontade constitucional, mantendo-se, contudo, o espaço de conformação das decisões políticas que a mesma Constituição não haja subtraído da discricionariedade legislativa (ou mesmo administrativa)[254].

Assim, a doutrina da separação das funções do Poder (ou, simplesmente, de separação dos Poderes constituídos) torna impositivo o respeito a certos lindes relacionados às atividades típicas dos órgãos estatais de soberania – limites que não dizem respeito a uma completa impermeabilidade à atuação do outro, mas a uma conduta de mínima intervenção, admissível apenas quando estritamente necessária para a preservação dos valores constitucionais.

Grosso modo, boa parte da doutrina está de acordo no sentido de que o ativismo judicial (em sua acepção perniciosa, usualmente criticada) se identificaria justamente com a conduta do Judiciário que extrapola esse limite, indo além das competências que lhe foram dadas pela Constituição para decidir temas que estão no campo normal de atuação legislativa (ou pelo menos fora do âmbito comum da jurisdição).

---

[252] VIEIRA. Op. Cit. p. 72.
[253] SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 37.
[254] MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. rev atual. São Paulo: Saraiva, IDP, 2011. p. 62.

> A percepção do ativismo está ligada, de fato, a uma sensação de que uma decisão judicial mostra-se incongruente com os limites da ação do Poder Judiciário.
> Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.[255]

Nessa linha, Elival da Silva Ramos conceitua o ativismo judicial como

> o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).[256]

A dificuldade maior relaciona-se com a definição, em concreto, de quais limites seriam toleráveis segundo o desenho vigente de separação de Poderes adotado pelo texto constitucional.

O ativismo judicial: da dicotomia políticas-princípios ao problema da substituição injustificada das escolhas do legislador.

O roteiro de agigantamento do Poder Judiciário em face de outros ramos da função estatal tem início na transformação, pela via legislativa ou constitucional, de matérias inicialmente vinculadas a políticas públicas, ou seja, de temas que se referem a decisões políticas (*policies*) em matérias de princípios, e, mais especificamente, em direitos.

Pode um ordenamento estatal, por exemplo, adotar de modo perfeitamente livre certas políticas educacionais públicas, inclusive com oferecimento de vagas, sem assumir um dever de prestação. Nesse caso, estará trabalhando com políticas, e as suas decisões estarão, em princípio, concentradas no ramo administrativo e

---

[255] BRANCO. Op cit.
[256] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 93.

legislativo. Entretanto, a partir do momento em que o mesmo ordenamento consagra um direito à educação, a questão passa a ser de princípios (e princípios jurídicos), e se submete à tutela jurisdicional.

Com o aumento substancial, em escala global, da chamada 'linguagem de direitos'[257], como decorrência da consagração nos textos normativos de diversas proclamações ético-políticas, notadamente depois da II Guerra Mundial, aumentam também as expectativas sobre o Judiciário acerca da adjudicação desses novos direitos.

O texto constitucional brasileiro é, nessa linha, um convite à judicialização[258]. A dicotomia entre matérias de política e matérias de direitos (ou de princípios), como se lê do discurso de Marshall em *Marbury v. Madison*, e que foi destacada por Rui Barbosa[259] como critério razoável de contenção do Judiciário, não pode servir, em face da largueza com que foram deferidos direitos e proclamados princípios, objetivos e fundamentos por nossa Constituição.

Muito longe de um texto procedimental, temos uma Constituição analítica, generosa, quase presunçosa na estabilização de valores, que reduz significativamente o âmbito de matérias das quais se possa dizer que estão inteiramente livres à decisão do legislador. Tudo, ou quase tudo, é constitucional, e pode referir-se a um princípio ou a um direito fundamental.

Daí que muitas das críticas ao ativismo judicial são tecnicamente pouco justificáveis, e representam muito mais um juízo de censura quanto ao conteúdo da decisão do que quanto à possibilidade constitucional de atuação do Judiciário[260].

Adota-se, aqui, quase às inteiras, uma tripartição proposta pelo professor Paulo Gonet Branco em artigo acadêmico: i) pode-se falar em decisões materialmente incorretas, que não devem, portanto, ser enquadradas como ativistas: tais decisões se situariam num campo de resultado discursivamente impossível; ii) pode-se falar, noutra banda, de decisões que não invadem o campo de decisão ou

---

[257] GLENDON, Mary Ann. **Rights talk: the impoverishment of political discourse.** New York: Free Press, 1991.
[258] Talvez, mais que um convite, uma convocação.
[259] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 320.
[260] BRANCO. Op. cit.

de conformação política, e que tem sua delimitação baseada na interpretação jurídica mais estritamente considerada: nesse caso, trata-se do campo de resultados discursivamente necessários; iii) pode-se, finalmente, falar em decisões que, embora materialmente não-incorretas, não caberiam ao juiz constitucional[261].

Nesses casos, haveria soluções diversas, discursivamente possíveis, à disposição da autoridade competente. Tomada a decisão, portanto, a jurisdição deve encontrar limite, dando a prioridade da escolha ao órgão de representação com legitimidade democrático-representativa.

> Quando atua dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de poderes e das exigências da democracia representativa num Estado democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos poderes políticos-representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir espaço próprio de outros poderes. Tem-se, dessa forma, um marco menos impreciso de classificação de decisões como indevidamente “ativistas”. Decerto que também será assim criticada a decisão que supra uma inação do Poder Legislativo que não se confunda com uma omissão censurável, mas que responda a um apreciação de oportunidade que o constituinte confiou ao legislador.[262]

Assim, afirma-se o ativismo judicial em vista da atuação dentro das fronteiras da margem de discricionariedade interpretativa da Constituição, já exercida pelo legislador.

Uma tipologia de decisões ativistas.

Em importante artigo doutrinário, em que busca dar lineamentos mais concretos para o conceito de ativismo, Bradley Canon formulou seis tipologias de conduta judicial que se identificam com ativismo judicial, que ele denomina dimensões de ativismo judicial, derivadas a partir da revisão da literatura norte-americana sobre o tema[263].

---

[261] BRANCO. Op. cit.
[262] BRANCO. Op. cit.
[263] CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of Judicial Activism.* IN: Judicature 66, n. 6 (Dec-Jan 1983). pp. 236-246.

As seis dimensões, segundo o autor, são: 1) o majoritarianismo; 2) a estabilidade interpretativa; 3) a fidelidade interpretativa; 4) a distinção entre decisões de cunho procedimental/substancial; 5) a especificidade da política; 6) a disponibilidade e um formulador alternativo da política.

O majoritarianismo diz respeito à revisão, pelo Judiciário, de políticas adotadas por meio do processo democrático. Afirma o autor que se trata do critério mais frequente de avaliação do ativismo da Suprema Corte Americana. Os adeptos dessa corrente criticam a substituição das políticas legislativas por políticas judicial como um ilegítimo em uma democracia[264].

O ponto merece cautela ao ser transposto para a realidade brasileira, visto que nosso texto constitucional tem um grau de compromisso muito maior com certos resultados, que autorizariam a atuação judiciária em face de uma violação do legislador. Assim, apenas quando se estiver a tratar de espaços de conformação abertos, seria validamente impugnável como ativista a substituição de escolhas políticas pela Justiça – tal como defendido anteriormente.

O segundo critério é o da estabilidade interpretativa. Afirma Canon que essa dimensão *"mede o grau em que uma decisão da Suprema Corte mantém ou abandona um precedente ou uma doutrina judicial existente"*[265]. A ideia é que a modificação repentina de uma interpretação consolidada – seja pela doutrina, seja pela jurisprudência – do texto constitucional acaba por ser equivalente a uma modificação da própria norma, o que não deveria caber primariamente à Corte.

A fidelidade interpretativa diz respeito à manutenção, pela Corte, no processo de interpretação da Constituição, do significado ordinário das palavras do texto da Constituição ou da intenção original de seus elaboradores. A ideia é que a guarda da Constituição, exercida pelo tribunal, não permite que se desconstrua o seu significado autêntico.[266]

A distinção entre decisões de caráter substantivo/procedimentalista consubstancia a quarta dimensão. Defende-se que haja maior grau de intervenção do Judiciário quando as decisões visem a assegurar o processo democrático e a

[264] CANON. Op. cit. p. 240.
[265] CANON. Op. cit. p. 241.
[266] CANON. Op. cit. p. 242.

possibilidade de que as minorias políticas possam vir a se tornar maioria; por outro lado, decisões de caráter mais substancial seriam preferencialmente tomadas por órgãos com legitimação representativa. Esse aspecto, contudo, não serviria como um critério forte no Brasil, visto que a Constituição determina a adoção de certos princípios e decisões de natureza política, o que seguramente impõe a sua verificação pelo STF. Não há o mesmo grau de neutralidade. Assim, a preferência pelo processo democrático não pode significar uma interdição *tout court* das decisões substancialistas.

A quinta dimensão proposta é a da especificidade da política. Aqui, trata-se do grau de intervenção do Judiciário em aspectos às vezes minudentes de escolhas políticas: a atuação como legislador positivo, que determina em detalhes determinados procedimentos, configuraria ativismo judicial.[267]

A última dimensão é a da disponibilidade de um órgão alternativo. A ideia é: se estiver ao alcance (autoridade e possibilidade política) de outro órgão ou agência decidir sobre a política a ser adotada pela Corte, e se esse órgão é mais bem informado ou equipado para fazê-lo, então deve ter prioridade para tanto.

Essas dimensões, embora devam ser vistas com cuidado em sua transposição para o direito brasileiro, podem fornecer importantes elementos para avaliar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Especificamente no caso presente, como se verá, os critérios de majoritarianismo e de fidelidade e estabilidade interpretativas serão relevantes para a aferição do comprometimento da Corte com o ativismo judicial.

Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em face de interpretação que vinha sendo conferida a legislação estadual de servidores públicos civis, com o pedido subsidiário de conhecimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do disposto no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, que cuida do regime

---

[267] CANON. Op. cit. p. 245.

jurídico da União Estável, para dar interpretação conforme a Constituição, a fim de estender aos pares homoafetivos a proteção jurídica conferida aos casais em união estável[268].

A tese jurídica defendida na ação foi que o regime de uniões homoafetivas deve ser considerado espécie do gênero união estável; e, ainda que não se considerasse a união homoafetiva como inserida nesse gênero, seria devida a sua proteção jurídica como lacuna normativa da Constituição, a reclamar integração por analogia com o regime jurídico da União Estável. Foram invocados os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica. Ressalta ser a *afetividade*, e não a sexualidade ou interesse econômico, o valor a ser protegido para dar-se caráter de entidade familiar à união homoafetiva.

A demanda foi julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, movida pela Procuradoria-Geral da República, e que tinha por objeto a interpretação analógica do artigo 226, §3º, da Constituição da República, para determinar a equiparação dos efeitos jurídicos entre uniões homoafetivas e uniões estáveis. Inicialmente concebida como ADPF, foi depois convertida em ADI em face da mesma redação do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.

O Relator, Ministro Ayres Britto, ressalta em seu voto o objetivo fundamental de constituição de uma sociedade sem preconceitos, referindo-se à menção do texto a igualdade de sexo (homem e mulher) para sublinhar que essa igualdade representa igual dignidade no uso que cada um faz de sua própria sexualidade. Ressalta o caráter natural (de fato) da homossexualidade. Sublinha, nessa linha, os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Proclama, daí, o direito de liberdade de sexualidade[269].

Em seguida, trata da caracterização de família, para saber se a Constituição institui vedação ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Afirma que o *caput* do artigo 226 da Constituição refere-se exclusivamente à família

---

[268] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 5/5/2011. Publicado em 14/10/2011. Brasília: DJe-198, 2011.
[269] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 32.

enquanto núcleo doméstico ou familiar, independentemente de tratar-se de união heterossexual ou homossexual. Ressalta que a formação da família se dá pelo caráter afetivo, solidário, estável. Aduz que o significado de família que o texto constitucional prescreve é o coloquial, e não *"ortodoxo ou da própria técnica jurídica"* [270]. Ressalta que o atual texto constitucional não exige a constituição da família pelo casamento, como faziam as Cartas anteriores. Assim, ressalta a paridade jurídica entre a união homossexual e heterossexual, devendo ambas serem entendidas como entidades familiares, sinônimos perfeitos de família. Vota, por fim, pela procedência da ação.

O Ministro Luiz Fux, que votou em seguida, manifestou-se no mesmo sentido do Relator. Ressalta o caráter fático da homossexualidade, bem como a ausência de vedação jurídica para a constituição de uniões homoafetivas. Ressalta o preconceito da sociedade brasileira, e louva a repercussão que o julgamento terá para a sociedade.[271] Afirma que a família pós-constituição de 88 despe-se dos elementos materiais, concentrando-se apenas na funcionalidade (proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus integrantes), e afirma que seu elemento constitutivo é unicamente o amor familiar (comunhão e identidade). Invoca os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

Afirma o Ministro Fux que há mutação constitucional, na medida em que *"uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição"*[272]. Ressalta não haver óbice textual contra a inclusão das uniões homoafetivas no âmbito de proteção familiar. Em aditamento ao voto, posterior, ressalta ainda que o julgamento constituía uma *"ousadia judicial"*, afirmando mais uma vez que a Suprema Corte deveria evoluir junto com a sociedade .[273]

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou os votos anteriores, sublinhando que a previsão da união estável entre homem e mulher não impediria a atribuição de outros efeitos jurídicos à união que não fosse constituída entre homem e mulher[274], e

---

[270] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 41.
[271] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 61
[272] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 73.
[273] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 85.
[274] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 93.

ressaltando o repúdio do ordenamento à discriminação. Defende o pluralismo como um valor constitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski recordou que a atual Constituição não repetiu a determinação dos textos anteriores, no sentido de que a família seria constituída pelo casamento. Afirma que há três espécies de família expressamente previstas pela constituição (casamento, união estável e monoparental), e a união homoafetiva não se poderia enquadrar em nenhuma destas. Ressaltou, ainda, que na Assembléia Constituinte a questão da homossexualidade para união estável foi expressamente debatida e recusada, com a opção deliberada pela inclusão da expressão "entre o homem e a mulher"[275]. Afasta, assim, a possibilidade de reconhecimento de mutação constitucional, em vista dos limites objetivos do direito posto.

Reconhece, contudo, a atribuição de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, como entidade familiar diversa daquelas previstas na Constituição, dado que não vedada pela Constituição[276]. Assim, utiliza-se da integração por analogia para superar a suposta lacuna normativa, e aplicarem-se a estas relações as normas da união estável, até ulterior disposição legislativa sobre o tema.

O Ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto com uma enfática defesa de que as Supremas Cortes devem suprir o descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo do direito. Afirma que, diante da ausência de vedação expressa do texto constitucional, deve ser reconhecido o direito das pessoas que mantêm relações homoafetivas, a partir da idéia de *reconhecimento*, como emanação da dignidade humana[277]. Invoca os princípios da igualdade e da não-discriminação, auto-aplicáveis, para dar procedência ao pedido.

O Ministro Gilmar Mendes defende a atuação do Judiciário, diante das dificuldades da atuação do Congresso Nacional na matéria, *"em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema"*. Afirma que há inércia do Legislativo[278]. Fundamenta-se na idéia de liberdade, pela expressão do

---

[275] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 104.
[276] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 107.
[277] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 118.
[278] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 123.

direito de auto-desenvolvimento da personalidade, para reconhecer que a ausência de abrigo jurídico fomenta a discriminação. Ressalta que a proteção à união estável entre homem e mulher *"não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo".* Ressalta que o texto permite o citado reconhecimento, não com base no texto legal, nem na norma constitucional específica, mas com suporte em outros princípios constitucionais[279]. Pontua algumas dificuldades interpretativas, para então reconhecer o caráter analógico (e não direto) da aplicação das normas da união estável para a união homoafetiva. Reafirma a necessidade de proteção de direitos fundamentais diante da inércia do Congresso Nacional[280], a destacar, sobretudo, a proteção das minorias.

O Ministro Marco Aurélio ressaltou em seu voto o preconceito sofrido pelos homossexuais, e ressalta que a ausência de decisão do Congresso Nacional indicaria falta de vontade coletiva para a tutela dessas uniões. Ressalta que a solução independe do legislador, por se tratar de decorrência dos direitos fundamentais, diretamente. Propugna a reformulação do conceito de família[281].

Aduz que a família da Constituição de 1988 não depende do casamento, é plural, e se caracteriza pela opção livre e responsável de constituição de vida em comum. Assim, nada impediria o reconhecimento da família decorrente da união homoafetiva[282]. Labora com princípios constitucionais, em especial a dignidade humana, e sublinha a função estatal de auxiliar os indivíduos na realização de seus projetos de vida. Ressalta o papel contramajoritário da Corte Constitucional[283], e conclui pela procedência da ação.

Um ponto a destacar, ainda, do voto do Ministro Marco Aurélio, é que o julgador faz um juízo severo de *"uma religião específica"*, que teria capturado *"o discurso jurídico para se manter hegemônica"*, havendo-o submetido (o discurso jurídico) a obscurantismos e à moral religiosa. Refere-se, evidentemente, à Igreja Católica. Manifesta-se claramente contrário à utilização das razões religiosas no espaço estatal. Afirma que concepções religiosas ou morais decorrentes da religião

---

[279] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 159.
[280] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 141.
[281] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 206.
[282] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 208.
[283] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 213.

não podem guiar condutas estatais, nem podem prevalecer, em todas as esferas[284]. Essa linha argumentativa, aliás, será retomada pelo Ministro Celso de Mello.

O Ministro Celso de Mello votou em seguida. Sublinhou o papel dos *amici curiae* como fatores de legitimidade democrática do julgamento. Abre tópico para tratar da repressão histórica ao homossexualismo, pela Coroa Portuguesa e pela Igreja, sublinhando o papel do Concílio de Trento e dos tribunais do Santo Ofício na repressão ao '*pecado nefando'*. Ressalta ser imperativo constitucional o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, destacando o repúdio constitucional à discriminação. Sublinha que o julgamento *"marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual".* [285]

Rejeita a ocorrência de óbice no artigo 226, §3º, da Constituição, bem como afirma não haver lacuna voluntária ou consciente (silêncio eloqüente) que pudesse impedir o reconhecimento jurídico de tais uniões. Ressalta a função contramajoritária da Corte, e o papel de proteção às minorias, tomando a ausência de votação da matéria no Congresso como expressão da rejeição da maioria ao objeto da demanda. Afirma o direito à busca da felicidade (implícito no texto constitucional). Recusa, ao final, o caráter ativista da decisão, ao dizer que haveria, no caso, desrespeito à Constituição da República por omissão dos Poderes constituídos[286]. Defende, ainda, que práticas de ativismo sejam necessidades institucionais eventuais (embora excepcionais), diante de omissões dos Poderes.

Finalmente, o Ministro Cezar Peluso, então Presidente da Corte, acompanhou parcialmente o relator, sublinhando, na linha do Ministro Lewandowski e do Ministro Gilmar Mendes, que haveria lacuna normativa quanto à regulamentação de união homoafetiva, a ser integrada por analogia, sem prejuízo do papel do Congresso Nacional em legislar sobre o tema. O Plenário ainda autorizou os ministros a, daí por diante, decidirem monocraticamente a matéria.

Da leitura do inteiro teor do acórdão do julgamento, saltam aos olhos alguns aspectos, que serão retomados nos tópicos posteriores.

---

[284] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. pp. 204-205.
[285] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 227.
[286] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 260.

Em primeiro lugar, ressalte-se que a maioria formada, a despeito da opinião divergente dos Ministros Lewandowski, Mendes e Peluso, foi no sentido do reconhecimento direto, a partir de interpretação extensiva do artigo 226, §3º, da Constituição da República, da proteção constitucional às uniões estáveis homossexuais, entendidas como família, com todos os direitos que são assegurados aos casais heterossexuais. Não prevaleceu, portanto, a linha da lacuna normativa, que defendia a aplicação analógica das normas da união estável enquanto não houvesse legislação diversa.

Nessa mesma quadra, restou a sustentação, claramente defendida pelos ministros Fux, Barbosa e Britto, e tacitamente acompanhada pela maioria, no sentido de que o Judiciário deve acompanhar na interpretação constitucional a evolução da sociedade, a indicar uma mutação do texto constitucional no caso vertente, independentemente da vontade original do constituinte (trazida à baila no voto do Ministro Lewandowski); e, no mesmo sentido, defendeu-se a reformulação da compreensão do conceito de família, como construção social baseada no afeto dos membros ou na funcionalidade de promoção e proteção de direitos fundamentais – embora o Ministro Relator se refira a tais concepções como o conceito coloquial de família.

Segundo, houve franca redução do sentido da limitação *‘homem-mulher’*, contida no texto do §3º do artigo 226 da Constituição, que foi interpretada como mero destaque à equiparação jurídica entre homem e mulher, e não como limite para a constituição da União. A justificativa para tanto foram os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da privacidade, e da segurança jurídica. O Ministro Marco Aurélio, no ponto, chegou a afirmar, amparado em doutrina, que os princípios são mais relevantes que as regras.

Terceiro, ficou assentado que a ausência de decisão do tema pelo Congresso Nacional configura omissão, e que o papel da Corte impõe a proteção das minorias, em razão do que a função contramajoritária do STF tornava necessário o reconhecimento do direito dos pares homoafetivos.

Quarto, as questões morais controversas envolvidas no julgamento – especialmente oposições de natureza religiosa – não foram sequer mencionadas na decisão, a despeito de admitida a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

(CNBB) como *amicus curiae*. As únicas menções à religião ou moral religiosa foram feitas para servirem de alvo da crítica de alguns juízes, e apresentadas como contraponto (preconceituoso, antiquado e injusto) à nova decisão do STF (por consectário lógico, justa, inovadora e igualitária). Há uma opinião geral dos Ministros, apresentada de forma chapada, sem maior problematização, de que qualquer recusa à qualificação das uniões homoafetivas como entidade familiar somente poderia decorrer de preconceito[287].

Esses são os principais pontos de conteúdo que podem ser destacados para análise nos votos que resultaram no julgamento da ADPF nº 132. Em sequência, estes pontos deverão ser vistos mais detidamente, à luz dos critérios inicialmente delineados no tópico anterior, para que se possa avaliar se a decisão pode ou não ser qualificada como ativista.

Aplicação dos critérios de avaliação quanto ao ativismo à ADPF 132.

Os limites objetivos do texto e o jogo da Constituição contra si mesma.

O texto constitucional brasileiro observa o seguinte, no que tange à família e à sua constituição:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

---

[287] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. pp. 229-230,

> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.[288]

Há três formas de entidades familiares expressamente previstas na Constituição: uma, formada pelo casamento – entre o homem e a mulher (o texto constitucional fez questão dos artigos definidos singulares, o que parece significar algo), nos termos do §5º do artigo 226; outra, constituída a partir da união estável – também entre o homem e a mulher, nos termos do §3º do mesmo artigo; finalmente, a família monoparental, nos termos do §4º – que, por extensão, engloba todas as formas de combinação entre ascendentes e descendentes.

Por outro lado, como fez notar o Ministro Lewandowski, a vontade inequívoca do Constituinte originário foi limitar, com emenda ao dispositivo que daria autorização constitucional ao reconhecimento da união estável, os efeitos jurídicos do instituto ao relacionamento heterossexual.

O que se extrai, portanto, do texto normativo, especialmente se cotejado com a *mens legislatoris*, é que tanto o casamento quanto a união estável são institutos jurídicos que, no texto constitucional brasileiro, encontram-se circunscritos à hipótese de diversidade de sexo monogâmica (o homem e a mulher).

Observe-se, ainda, que sob o prisma das manifestações fáticas, os institutos do casamento e da união estável formam uma dicotomia das uniões amorosas com intuito permanente, onde não há um terceiro possível. *Tertium non datur*. Com efeito, supondo-se os elementos de união permanente, duradoura, com intuito de constituir família, somente se apresentam à imaginação duas formas possíveis: ou bem se é

---

[288] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2013.

casado (e há, portanto, casamento), ou bem se não é (e há, portanto, união estável). A união estável já é a forma residual, não se podendo cogitar de outras.

Ocorre que ambas as formas (casamento e união estável) foram tratadas pela Constituição da República, e em todos os casos exigiu-se a diversidade de sexos como critério para o seu reconhecimento jurídico.

Porém, qual foi a decisão do STF? Estender a aplicação do §3º do artigo 226 aos pares homossexuais, entendendo que a menção do texto a ‘o homem’ e ‘a mulher’ referir-se-ia tão-somente a uma tentativa de igualar a ambos no contexto das relações domésticas. Somado a isso, verificou-se no conteúdo dos votos que a maioria prevalecente entendeu que se estava, com isso, atentando às necessidades de evolução do direito segundo o espírito do tempo.

> (...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.[289]

Com isso, laborou-se uma forma inadequada de mutação constitucional que desborda dos limites objetivos do texto. Com efeito, a doutrina da mutação constitucional – *per se* já bastante aberta à atuação criativa do Judiciário – tem como limites as possibilidades interpretativas do texto, além da observância dos princípios estruturantes da Constituição[290]. É certo que a interpretação jurídica representa a combinação de um ato de conhecimento com um ato de vontade, na linha do capítulo VIII da Teoria Pura de Hans Kelsen[291]. Contudo, o fato de a interpretação consubstanciar, ela mesma, criação de norma, não pode servir de licença para que se desconsidere o uso anterior, comum, dos termos interpretados.

---

[289] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 126-127.
[290] MENDES. Op. cit.
[291] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 392-394.

> Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.
> A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado.[292]

Essa forma inadequada de mutação constitucional, que reorientaria a norma da união estável contra o sentido expresso de seu texto, faz vir à baila os marcos de ativismo judicial propostos por Bradley Canon. Vê-se, aqui, rompimento do dever de fidelidade interpretativa, na medida em que as palavras da Constituição são claramente desconsideradas (senão mesmo violadas) pela interpretação dada. A ideia subjacente, dita por outro autor, é que o ativismo, ao ignorar a interpretação continuada (*ongoing interpretation)* e os limites do texto acaba por ser uma forma virulenta de pragmatismo: ignora-se o texto, as decisões anteriores, o histórico de sua promulgação, tudo para fazer a vontade do intérprete e impô-la aos outros poderes.[293]

Por outro lado, é preciso notar que a decisão joga os princípios constitucionais invocados – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, repúdio à discriminação e ao preconceito, privacidade, intimidade, etc. – em face de uma regra constitucional de mesma estatura. Embora se afirme textualmente que a regra deveria ser interpretada à luz dos citados princípios, o que se faz é negar parcialmente a vigência da mesma regra e chegar praticamente à mesma conclusão que se chegaria ao declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, adotando sentença aditiva para o próprio texto constitucional, ao pretender uma equiparação não viabilizada pela regra da união estável[294]. Mas a Corte não pode criar uma norma autônoma constitucional: quem o faz é somente o Congresso Nacional, pela via da emenda.

---

[292] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 33-34.
[293] DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 451-452.
[294] COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, IDP, 2011. p. 176.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio chegou a citar em seu voto conhecido argumento em favor dos princípios, segundo o qual a violação de um princípio seria mais grave que a de uma regra, por que o primeiro seria fundamento da estrutura jurídica.

Neste ponto, a decisão resultante flerta com o erro em sentido técnico. Como bem leciona Humberto Ávila, é um equívoco atribuir maior peso ao princípio em face de uma regra de mesma estatura. A regra tem uma função eficacial de trincheira, visto que representa uma concretização preliminar dos valores (e dos princípios) em conflito, feita pelo próprio legislador[295]. Especialmente em se tratando de uma regra da matriz constitucional originária e, portanto, insuscetível de controle de constitucionalidade, deve-se ressaltar que essa concretização prévia dos valores em confronto, que resultou no afastamento da possibilidade de união estável homossexual, tem a mesma força normativa que qualquer princípio constitucional e, portanto, não poderia jamais ser afastada, senão por emenda à Constituição.

> Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.[296]

Percebe-se, desse modo, claro manejo dos princípios em face de regra expressa da matriz originária da Constituição. Evidentemente que o uso dos princípios gera por consequência uma maior abertura na textura da malha normativa que inspira a decisão, o que confere âmbito maior de interpretação criativa ao intérprete. Donde, no caso, esse recurso hermenêutico tem nítido caráter ativista, ao pretender reformar o texto constitucional pela via da interpretação – contra os limites do mesmo texto.

Religião: ausência e massacre.

O segundo ponto a ressaltar no presente tópico do trabalho é a ausência sentida de qualquer consideração de ordem jurídica que levasse em conta os

---

[295] ÁVILA. Op. cit. pp. 103-104.
[296] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011. p. 140

valores culturais e religiosos do povo brasileiro, exceto para acoimá-los de preconceito.

Com efeito, a tônica da decisão foi firmemente antirreligiosa. Como ficou ressaltado alhures, há uma opinião chapada, pouco discutida, mas praticamente unânime, de que apenas o preconceito poderia justificar a recusa do pleito de igualação jurídica de pares homossexuais com casais heterossexuais em união estável.

No entanto, é preciso reconhecer que há um componente religioso e cultural forte na concepção social, vulgar, do que seja família. A despeito de o Ministro Relator afirmar no julgamento que a família da Constituição é a mesma da linguagem coloquial, seria difícil reconhecer que a ideia de entidade familiar, no senso comum, inclua, de fato, qualquer agremiação movida por afeto, sem quaisquer limitações de ordem moral ou religiosa.

E o próprio direito constitucional impunha que tais considerações fossem levadas em conta, a despeito do elogio ao iluminismo formulado em certo ponto pelo Ministro Marco Aurélio. Isso porque a religiosidade é um valor constitucionalmente tutelado, na medida em que se inclui na dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade religiosa.

Ora, embora laico, o Estado nem é inimigo da fé, nem pode ser cego às aspirações e à formação cultural da sociedade.

> Como fenómeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenómeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influído constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se fortemente no Direito Internacional[297].

Ainda no campo da teoria geral dos direitos fundamentais, recorda-se a sua dimensão objetiva, ou aspecto jurídico-objetivo, que cuida da função do direito fundamental como um valor fundante da comunidade abarcada pela norma constitucional. Assim, um direito fundamental, demais de constituir-se em um direito

---

[297] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 355.

subjetivo titularizado pelo sujeito, é também uma diretriz de conduta para o Estado, *"um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais"*[298].

> O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado[299].

Por outro lado, a reformulação completa do conceito de família, proposta pela maioria dos ministros, faz incidir a questão sobre a estabilidade interpretativa. Há uma valoração comum do que seja o conceito jurídico de família, e esta valoração segue balizas jurídicas muitíssimo tradicionais. A entidade familiar decorrente da união matrimonial foi substituída por aquela do casamento civil, e depois, teve a extensão de seu conceito ampliada pela inclusão da união estável. No entanto, só foi até aí a Constituição, e as relações de fato da vida social não dão qualquer indicação acerca de uma mudança significativa do conceito de família na sociedade[300].

É bom recordar, ainda, que a formulação do conceito de família idealizado pelo Relator, baseado exclusivamente no afeto, é tão amplo que permitiria incluir qualquer pessoa (e até outros seres) em sua composição. Quanto maior a extensão de um conceito, menor sua compreensão e, portanto, a sua utilidade.

Por essas razões, a reformulação do conceito de família empregada pelo julgamento viola a estabilidade interpretativa, o que serve de indício do caráter ativista da decisão, isso sem embargo do fato de, ao provocar a redução da compreensão do conceito, diminui-lo, o que seguramente não cumpre com o *status* constitucional de 'base da sociedade', com especial proteção do Estado.

E não é só. Ao acusar de preconceituosa toda e qualquer visão contrária às citadas uniões, parece que o próprio julgamento acabou por incidir num injustificável preconceito. Preconceito é pre-julgamento, e representa a formação de uma opinião

---

[298] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.
[299] MENDES. Op. cit. p. 419.
[300] Há pesquisa de opinião, com critério e metodologia estatística, contemporânea à data do julgamento, que indica que a maior parte da população era contrária à união *gay.* Fonte: http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf Acesso em 29/7/2013.

(juízo) sem que tenha havido prévia reflexão. Por isso o termo na língua inglesa é mais adequado: *prejudice*. Ao acoimar de preconceituosas as visões religiosas sobre o homossexualismo, os juízes da Corte que assim o fizeram trataram de tema que solenemente recusam-se a conhecer, visto que separam-se num manto de laicismo impenetrável de qualquer saber religioso, tido por incompatível com a linguagem do direito. Ora, não se pode julgar aquilo que não se conhece.

Assim, se a religião não pode apresentar seu discurso, como tal, à apreciação do espaço público, também as suas razões não poderiam ser julgadas (ou pré-julgadas) por quem quer que esteja limitado ao espaço público. Eis aí, inequivocamente, um exercício de preconceito antirreligioso, que pode desvelar alguns dos fundamentos ocultos - ou nem tanto - do julgamento.

A função contramajoritária pode ser contra-constitucional ou prognóstica?

Um dos pontos mais repisados do julgamento é que a proteção das minorias em face da maioria constituída é uma das mais importantes missões de uma Corte Constitucional. De fato. Como visto, parte da justificativa teórica do Constitucionalismo é justamente a subtração de certas decisões do campo político, a fim de serem estabilizadas como direitos por um texto perene.

Em outro sentido, a garantia de participação de minorias insulares têm sido um dos critérios possíveis de escrutínio rígido de normas em face da Constituição norte-americana, desde a nota de rodapé n. 4 do julgamento de *Carolene Products*[301]. Do mesmo modo, John Hart Ely propõe a proteção das minorias como um dos critérios para legitimar a atuação do Judiciário como regulador do sistema político[302].

Contudo, a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal tem por finalidades, justamente, a garantia do funcionamento do sistema político (direito de as minorias poderem buscar tornarem-se maiorias) e, sobretudo, assegurar o direito

---

[301] CANON. Op. cit. p. 244.
[302] ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2010. pp. 180 e ss.

das minorias em face de violações causadas pela arbitrariedade das maiorias ocasionais (como no célebre exemplo do professor Luis Roberto Barroso, segundo o qual numa sala com oito católicos e dois muçulmanos, não pode a maioria decidir pela eliminação dos últimos).

Ora, os direitos garantidos a todos – incluídas as minorias – são aqueles devidamente estabelecidos no sistema jurídico que tem por ápice a Constituição da República, e não fora dele. Se a própria Constituição cuidou de excluir determinado direito – pelo condicionamento de seu exercício à diversidade de sexos – então não caberia ao guardião da Constituição, a pretexto de agir em proteção das minorias, acusando de preconceituoso quem quer que pense o contrário, afastar a aplicação da regra constitucional – ou reinterpretá-la além de seus limites possíveis, o que é o mesmo.

Nem todas as minorias são juridicamente protegidas, e não em todos os aspectos. Os encarcerados, para citar um exemplo paradigmático, são uma minoria, e sua proteção não lhes garante, de modo nenhum, direitos adicionais àqueles que são previstos pela Lei de Execuções Penais e pela Constituição. Exercer função de proteção às minorias juridicamente não-protegidas, ou contra os limites do texto expresso da Constituição, importa em criar uma nova Constituição, sem lastro de soberania popular.

A posição adotada no julgamento, no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal teria importância histórica, colaboraria para a redução de preconceitos existentes na sociedade, se ajustaria melhor ao espírito dos tempos, ou serviria para construir uma ponte no distanciamento entre direito e sociedade (como expressamente falou o Ministro Joaquim Barbosa) fazem recordar a crítica formulada por Ely ao caráter antidemocrático da tentativa de basear as decisões da Corte em prognoses acerca do que serão os valores da sociedade no futuro. Diz o autor:

> Controlar a geração de hoje pelos valores de seus netos não é mais aceitável do que controlá-la pelos valores de seus avós: um “acelerador liberal” não é mais nem menos compatível com a teoria democrática do que um freio conservador.[303]

---

[303] ELY. Op. cit. p. 92.

Ademais, há uma certa contradição entre a ideia de que a evolução das relações sociais exigiria o reconhecimento das uniões homossexuais e a suposta omissão do Congresso Nacional em votar qualquer projeto sobre o tema. Recorde-se, sobre o ponto, que a missão constitucional dos juízes, ao menos numa visão ideal da separação de Poderes, é a preservação dos valores perenes, e não a interpretação dos sentimentos contemporâneos – tema mais afeito ao perfil do Legislativo.[304]

Conclusões

O ativismo judicial é um fenômeno comum nos dias atuais; nasce do aumento das atribuições conferidas pelos textos constitucionais ao Poder Judiciário, e da largueza com que as Constituições passam a descrever, consagrar e proclamar direitos e princípios. Contudo, não é – ao menos na acepção que se buscou trabalhar no presente opúsculo – uma manifestação saudável do constitucionalismo; antes, representa um avanço indevido, independentemente de nossas opiniões pessoais acerca de seu resultado prático, no contexto de uma situação em que a tomada de decisão deveria ser feita por outro órgão.

O julgamento da ADPF nº 132, no Supremo Tribunal Federal, é uma coletânea de manifestações de formas diversas de ativismo, segundo os critérios eleitos no presente trabalho, fixados no âmbito da doutrina norte-americana. Com efeito, a extensão do reconhecimento jurídico, como família, às uniões entre pares homossexuais acabou por resultar, sob diferentes aspectos, em ativismo judicial.

Em primeiro lugar, verificou-se uma quebra consistente da fidelidade interpretativa. A Corte desconsiderou os limites semânticos do texto constitucional – não apenas no âmbito do §3º do artigo 226, mas de todo a unidade normativa desse artigo – que restringem de modo claro as uniões juridicamente reconhecidas (casamento e união estável) à hipótese de diversidade de sexos. Desconsiderou, da mesma forma, a vontade manifesta do Constituinte, trazida pelo Ministro

---

[304] WOLFE, Christopher. **La Transfomación de La Interpretación Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991
p. 327

Lewandowski ao conhecimento de seus pares, no sentido da recusa de juridicidade às uniões de pessoas homossexuais. Ao fazê-lo, acabou por operar forma inadequada de mutação constitucional.

Em segundo lugar, constatou-se a reescritura do conceito usual de família, o que pode ser visto como manifestação de quebra da estabilidade interpretativa – outro critério de identificação do ativismo judicial. Nesse particular, verifica-se ainda que alguns dos votos manifestaram uma pronunciada oposição aos valores culturais, morais e religiosos de parcela significativa da população, todos chapadamente acoimados de preconceituosos.

Finalmente, identificou-se o uso frequente do argumento contramajoritário, de forma ora contraditória, ora equivocada (mas sempre ativista): afirmava-se a proteção das minorias contra a Constituição, segundo um suposto espírito de evolução social – como se o papel de uma Corte Constitucional fosse o de promover ou fomentar o avanço, e não conservar os valores da própria Constituição em face das maiorias constituídas. Há ativismo, aqui, segundo o argumento do majoritarianismo, já que o STF promove a substituição de um *status* legislativo por outro sem suporte na soberania – visto que a própria Constituição não lhe dava guarida para tanto.

Na prática, ao fim e ao cabo, houve a reescritura, pelos julgadores, do texto constitucional, porque os limites constantes do texto originário não pareciam adequados ao sentimento da Corte acerca de questões como igualdade e discriminação. De fato, recusar os limites semânticos do texto constitucional implica em renunciar a qualquer conteúdo da própria Constituição.

Embora eventualmente se possa estar de acordo com o resultado final do julgamento, a prática há de ser censurada por princípio. É que não se pode delegar, ao menos em uma democracia, à aristocracia judiciária, de forma perene, o papel de (re)escrever a Constituição segundo suas convicções, independentemente da vontade formadora da comunidade política, sem prestação de contas a quem quer que seja, e sem possibilidade de ulterior revisão (pelas urnas ou por emenda).

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. IN: FELLET, de Paula e Novelino (ed). **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, pp. 387-402.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 5/5/2011. Publicado em 14/10/2011. Brasília: DJe-198, 2011.

CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of Judicial Activism.* IN: **Judicature** 66, n. 6 (Dec-Jan 1983). pp. 236-246.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, IDP, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GLENDON, Mary Ann. Rights talk: the impoverishment of political discourse. New York: Free Press, 1991.

HOLMES, Stephen. *EL PRECOMPROMISO Y LA PARADOJA DE LA DEMOCRACIA*. IN: Elster, Jon. Slagstad, Rune. **Constitucinalismo y democracia.** México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. rev atual. São Paulo: Saraiva, IDP, 2011.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da corte?* IN: **Revista USP**, n. 21. São Paulo: USP, 1994. pp. 70-77.

WOLFE, Christopher. La Transfomación de La Interpretación Constitucional. Madrid: Civitas, 1991.

CAPÍTULO 11

ATIVISMO E A DEMOCRACIA DO PONTO DE VISTA DO LEGISLADOR

José Wilson Ferreira Lima[305]
DOI 10.11117/9788565604233.11

RESUMO O presente artigo enfoca o ativismo judicial como forma de integração democrática, na medida em que busca situá-lo como mecanismo complementar, e ainda necessário, à atividade legislativa. Por diversas razões, o atual modelo de representação democrática, delineado na Constituição da República Federativa do Brasil, não consegue atender às necessidades gerais do povo e do próprio Estado no campo da representação política, marcada, quase sempre, ou pelo vazio ou pela deficiência da atividade legislativa. Paralelamente a isso, tem-se que o entendimento sobre "o que é a democracia" não é coincidente do ponto de vista dos órgãos de cúpula dos Poderes e do Ministério Público. Com isso, resta à atividade judicante, especialmente centrada na perspectiva do Controle de Constitucionalidade, a tarefa de conhecer e compreender a dimensão de tais necessidades e, após, suprir as omissões ou corrigir as distorções legislativas deficitárias. No contexto do atual modelo de Controle de Constitucionalidade, o ativismo judicial é decorrente e concebido não como um instrumento de oposição ao sistema de representação ou mesmo de sobreposição, mas antes como instrumento complementar e necessário à proteção do Estado Democrático de Direito. Por conta disso, é também o ponto central das divergências e da concorrência política hoje existentes entre os Poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judicial e Ministerial. Atividade Complementar. Representação Democrática. Estado de Direito.

ABSTRACT This article focuses on judicial activism as a form of democratic integration, in the same way tries to take it as a complementary mechanism that shall be necessary to legislative activity. For various reasons, the current model of

[305] Aluno Especial do Curso de Mestrado Acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais – IDP.

democratic representation, outlined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, is unable to fulfill the general needs of the people and the State itself, regarding the political representation, marked, almost always, as empty or even deficiency for legislative activity. Alongside this, the understanding of "what is democracy" is not share by the organs of the dome of the Powers and the Public Ministery. Thus, it remains to judicial activity, focussing on the perspective of the Judicial Review, the task of knowing and understanding the length of such needs erasing the omissions and correcting distortions of legislative deficit. In the context of the current model of Judicial Review, Judicial Activism is the result, not merely a designed instrument of opposition to the system of representation, nor even working as an overlap, consequently, is a complementary tool and necessary for the protection of the Democratic State of Law. Because of this, it is also the main point of disagreement and competition policy among the State Powers.

Keywords: Judicial Activism and Ministerial. Complementary Activity. Democratic Representation. State of Law.

INTRODUÇÃO

O atual cenário político na República Federativa do Brasil tem se caracterizado por intensas divergências entre os poderes constituídos, especialmente quanto ao exercício das competências legislativa e judiciária. A independência e a harmonia nas relações entre os poderes tem sido apenas expressão formal de um programa constitucional, na medida em que no campo pragmático tem havido um distanciamento cristalino entre a teoria e a prática.

Se, por um lado, a divisão do poder não é algo que se possa quantificar com uma simples expressão matemática, como se fosse possível atribuir a cada um dos "Três Poderes" o equivalente à fração de um terço de todo o poder estatal, por outro lado é latente e bastante perceptível a intensa disputa pelo domínio do poder de forma hegemônica, de maneira a se obter a total concentração deste mesmo poder em torno dos órgãos que detêm a legitimidade popular, adquirida mediante o exercício do voto, em detrimento de outro órgão de formação técnico-burocrática.

Nesse jogo de forças, encontram-se reunidos, de um lado, os Poderes Executivo e Legislativo e, de outro, o Poder Judiciário juntamente com o Ministério Público. Essa disputa pelo controle final das decisões supremas de interesse nacional parece ter se fortalecido a partir do julgamento da demanda judicial que ficou conhecida como "Processo do Mensalão". Oferecida a Denúncia pelo órgão máximo de representação do Ministério Público brasileiro, sendo essa em seguida recebida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, deu-se curso a uma ação penal, na qual inúmeros expoentes da "classe política" nacional passaram a figurar como réus e, uma vez concluído o julgamento, muitos desses réus, representantes ligados a diversos partidos políticos e ao escalão mais elevado do Governo Federal, foram condenados.

Enquanto milhões de pessoas conhecidas apenas como "do povo" são alcançadas pela atuação persecutória do Estado e punidas, como exercício regular do poder punitivo estatal, expressão máxima da soberania, sendo isso um acontecimento comum e muitíssimo frequente, para uns poucos indivíduos essa mesma atividade soberana trouxe consequências políticas profundas, que intensificaram os conflitos finais existentes entre os poderes e estão por conduzir para uma nova formatação do Estado no âmbito das relações constitucionais, agora caracterizada pelo enfrentamento entre os órgãos centrais e de cúpula. São exemplos 4 reais das consequências políticas experimentadas a apresentação das Propostas de Emendas à Constituição n. 33/2011 e 37/2011 pelo parlamento federal.

Certamente, a divisão de funções hoje presente na Constituição Federal não corresponde àquilo que havia sido idealizado por Montesquieu, quando o pensador trouxe a lume a obra "O Espírito das Leis" (1748), na qual substantivou a ideia de que num modelo de Estado, organizado sob a forma da divisão do poder nas funções legislativa, executiva e judiciária, as atribuições de um dos poderes serviria como um ponto de equilíbrio e atuaria, de forma interventiva, no outro poder, se necessário, harmonizando a própria relação entre eles. Entretanto, essa divisão de poder, qualificada como harmônica e independente, segundo os critérios da modernidade e em conformidade com a Constituição Federal de 1988, corre sério risco de ser profundamente alterada e distorcida, face aos novos rumos que a

política sinaliza implantar, especialmente considerando que o postulado de Montesquieu de que "só o poder freia o poder" apresenta sinais de ineficiência e de desgaste frente ao modelo de Estado contemporâneo que, apesar de tudo, apresenta forte propensão ao retorno ao absolutismo.

De todo modo, a combatida concentração de poder à qual Montesquieu fez oposição, parece ser novamente uma realidade, agora não tanto explícita, mas certamente muito bem disfarçada e retoricamente apresentada sob a fórmula da independência e da harmonia entre os poderes. O que se evidencia nesse jogo de forças é a visão que o Poder Legislativo tem em relação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, que têm sido rotulados como ativistas, e a compreensão sobre "o que é a democracia", assim considerando, entre outros fatores, as justificativas dadas às citadas Propostas de Emendas à Constituição (PEC).

2 NOTAS PRELIMINARES SOBRE O ATIVISMO

Analiticamente, entende-se que "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios" (BARROSO, 2010, p. 9). Este é um ponto de vista importante para se entender a dimensão e o alcance do ativismo.

É inegável que o ativismo reúne a um só tempo a dimensão da política partidária, na medida em que projeta seus reflexos diretamente sobre a forma da representação política adotada pelo Estado brasileiro, como também se releva intimamente associado à dimensão jurídico-constitucional, em boa medida porque somente pode ser exercido nos limites previstos na Constituição para a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público. Na primeira hipótese, são poucos os limites que se possa impor à atuação ativista, sendo ela, portanto, mais discricionária; na segunda, entretanto, esse limite é bem mais restrito e adstrito às balizas constitucionais. Com efeito, a atuação ativista há de ser exercida com muita prudência.

Some-se a isso, como exemplo, que a noção sobre o ativismo judicial "[...] está ligada a decisões interpretativas e reconstrutivas", a propósito do que "se um tribunal constitucional está autorizado a recorrer a estas formas de decisões, ele se sente encorajado a se envolver em mais interpretações ativistas da Constituição" (COMELLA, 2004, p. 1.725). Nesse sentido, é como se o ativismo fortalecesse e fomentasse cada vez mais a tomada de decisões ativistas pelo tribunal constitucional, realimentando-as ciclicamente. Nesse ponto, o intérprete constitucional deve ser prudente e cuidar para não invadir o campo de atuação do legislador, não se podendo olvidar que o "ativismo judicial é frequentemente equiparado ao liberalismo político, enquanto a autocontenção é equiparada ao conservadorismo" (CANON, 1983, p. 237). Nessa seara, uma importante lição que se apresenta é a de que quando se mede o grau de ativismo de um tribunal constitucional, deve-se focar o que o tribunal faz quando interpreta a Constituição (COMELLA, 2004, p. 1.725). Em verdade, um tribunal é ativista quando ele interpreta a constituição de uma forma que difere radicalmente da interpretação dada pelo legislador (COMELLA, 2004, p. 1.722).

Outro aspecto que merece ser destacado foi abordado no ensaio *Defining the dimensions of judicial activism*, por Bradley C. Canon (1983), para quem as discussões sobre ativismo judicial geralmente deixaram o termo mal-definido, tendo ele identificado seis elementos específicos que dão estrutura geral para um possível conceito. Um destes elementos, que mereceu a especial atenção de Canon, foi o majoritarismo.

Segundo Canon (1983, p. 240), o majoritarismo é provavelmente o critério mais utilizado para avaliar o ativismo judicial, e sugere que quando o tribunal exerce a *judicial review*, ele substitui por outra política pública a que foi promulgada pelos representantes eleitos no Congresso, nas Assembleias estaduais ou nas Câmaras municipais e que tal ação é em grande parte vista como ilegítima do ponto de vista da teoria democrática. Nessa perspectiva, a decisão do tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei aprovada e posta em vigor pelos representantes do povo, se qualifica como contramajoritária. A rigor, ativista ou não, a decisão que acolhe a tese de lei inconstitucional, expurgando-a do ordenamento jurídico, é a decisão de uma minoria que se contrapõe à vontade da maioria.

Seja como for, o ativismo é uma realidade e essa terminologia tem sido empregada no sentido de indicar "o exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas" (BRANCO, 2011).

Admitindo-se essa linha conceitual e buscando-se integrá-la à questão central da discussão em debate neste ensaio, pode-se compreender o ativismo judicial como um modo próprio de interpretar os preceitos constitucionais dentro de um campo onde o julgador não se limita apenas em aplicar a lei de forma restrita à sua literalidade. O julgador ativista, que é acima de tudo um agente político a serviço da democracia, tanto quanto o são os demais agentes integrantes dos demais poderes, ocupa-se e preocupa-se em aplicar a lei interpretando-a e flexibilizando-a, quando e o quanto necessário. Entretanto, há que se ressaltar (ZAFFARONI, 1995, p. 41-42):

> De maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de "ativismo judicial", é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é sua origem "não democrática". Está fora de qualquer dúvida de que em uma democracia é frequente o fato de que as agências políticas partidárias e outros grupos protagonizam lutas competitivas, com interesses e paixões formidáveis. É natural que qualquer limite externo que se lhe pretenda impor no exercício do poder encontre respostas diversas, segundo a posição conjuntural desses protagonistas, que não se detêm em alterar, segundo as novas posições que ocupam na estrutura do poder. Em tais pugnas, se o judiciário adotar uma atitude limitadora, é qualificado pelo oficialismo de intrometido antidemocrático, e também de complacente, por parte da oposição, se não o faz.

O ativismo judiciário é também proativo, na medida em que antecipadamente enxerga os espaços ou vazios legislativos, ou de carga normativa deficitária, e avança proferindo decisões que promovam a pronta prestação da tutela jurisdicional do Estado, permitindo que o jurisdicionado possa ter acesso aos bens da vida que, ou não foram regulados a tempo e modo na esfera legislativa, ou, se já o foram, padecem de terem sido produzidos de maneira insatisfatória ou deficiente. Sob esse enfoque, tem-se que a pronta e eficaz prestação da tutela jurisdicional é direito posto e constitucionalmente garantido e que, portanto, não pode ser postergado ou simplesmente ignorado.

O ponto de partida para a compreensão do ativismo centra-se, enfim, na perspectiva da relação existente entre os poderes do Estado, sendo essa relação muito mais de cunho ou de precedência política do que jurídica. De fato, qualquer discussão sobre ativismo deve partir da percepção que se tem quanto à interferência que um poder político pode exercer sobre o outro e o que isso pode resultar em termos de ganhos ou de perdas. Para um pouco mais além dessas simples considerações, algumas ponderações se impõem para uma profícua discussão sobre o ativismo judicial:

> [...] a clareza da definição é pré-requisito de análise dessa prática judicial, especialmente para verificar a pertinência das críticas sobre o ativismo. Como se posicionar perante o ativismo se não se sabe quais os magistrados e decisões são ativistas? Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas. Tais definições não promovem o debate sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 460). O termo nunca possuiu um significado unívoco, podendo designar, também, a intensa atividade do Judiciário, sua intervenção em casos duvidosos ou claramente políticos, a amplitude e a forte intensidade dos efeitos das decisões judiciais, assim como o protagonismo do juiz no processo (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 470).

3 PROPOSTA DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO COMO REAÇÃO AO ATIVISMO

Com a Proposta de Emenda à Constituição 33/2011 (BRASIL, 2011a), ou "PEC do Judiciário", o parlamento pretende introduzir alterações no texto constitucional vigente, visando à modificação do mecanismo de declaração de inconstitucionalidade das leis, o condicionamento do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, além de submeter ao Congresso Nacional a decisão final sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e, pela Proposta de Emenda à Constituição 37/20112 (BRASIL, 2011b), ou "PEC da Impunidade", pretendia-se introduzir alterações no texto constitucional para definir a atribuição privativa para a realização da investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, além de novas disciplinas sobre a atuação do Ministério Público, na forma do substitutivo apresentado.

A PEC 33/2011 teve como ponto de partida e de justificativa para a sua apresentação, a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial, sendo este compreendido como um modo proativo de encaminhar as interpretações à Constituição pelos membros do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade. Argumentou-se, por exemplo, a tarefa fácil de apontar os casos de explícito ativismo judicial e a dificuldade de se indicar exemplos de autocontenção pelo Supremo Tribunal Federal, além de destacar que as reconhecidas deficiências do Poder Legislativo associadas às várias crises de credibilidade que tem enfrentado não justificam a adoção de medidas ativistas, na perspectiva de que um eventual vácuo político pudesse ser ocupado pelo Supremo Tribunal. Com isso, segundo a justificativa apresentada na proposta, com o crescimento do Poder Judiciário, isto é, com a sua hipertrofia, deslocou-se boa parte do debate sobre as questões relevantes do Legislativo para o Judiciário, com prejuízo à democracia. A crítica a esse modo de agir centra-se na perspectiva de que o Poder Judiciário não detém legitimidade eleitoral, cabendo ao povo dizer o que é a Constituição, e com isso o Legislativo precisaria resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do judiciário. No conjunto de justificativas à PEC 33/2011, há expressa menção de que as decisões ativistas representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes.

Sobre a PEC 37/2011 destacou-se, como justificativa ao projeto, que a falta de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública causam grandes problemas ao processo jurídico, uma vez que procedimentos de investigação informais, sem forma, controle e prazo, são absolutamente contrários ao Estado de Direito. Após inúmeras audiências públicas, que tiveram como eixo de orientação a atividade do Ministério Público na seara da investigação criminal, foi apresentada a PEC 37-A/2011, como substitutiva à PEC original, enfatizando-se, entres outras coisas, que o "ativismo ministerial proativo" da persecução penal discrepa, na prática, do marco regulatório estabelecido pela Carta Política.

O que se revela comum em ambas as propostas é a visão que o parlamento tem das demais instâncias detentoras de poder quanto ao exercício de suas

competências, tendo como lastro ou respaldo ao modo de agir o ativismo proativo. Percebe-se que em ambas as propostas de emendas apresentadas os fundamentos que serviram de justificação pautaram-se numa espécie de oposição legislativa ao "ativismo judicial proativo" e ao "ativismo ministerial proativo". Em relação à primeira espécie é como se o parlamento entendesse que há a pretensão de o Poder Judiciário, representado pela Corte Suprema, abarcar competências legislativas ante a falta de credibilidade e ao eventual vácuo político deixado pelo parlamento; e, em relação à segunda espécie, é como se entendesse que há indevida invasão na seara da investigação criminal pelo Ministério Público, ao que se denominou de ativismo ministerial proativo.

4 A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA E O PARLAMENTO

O povo é o detentor do poder e é dele que emana a vontade soberana de escolher seus representantes, a quem cabe representá-lo politicamente. Os representantes do povo pertencem às classes dos agentes políticos que integram as diversas casas legislativas e órgãos executivos da Administração Pública. Os parlamentares, agentes que integram as casas legislativas, são vereadores, deputados estaduais e distritais, deputados federais e senadores; já os chefes dos órgãos executivos são agentes políticos que exercem as competências mais elevadas da Administração Pública, como os prefeitos, os governadores e o presidente da República. Todos esses agentes titularizam a parcela de poder outorgada pelo povo mediante o exercício do voto. É do voto e, portanto, da vontade popular, que decorre a legitimidade da classe política para exercer seus mandatos e cumprir seus deveres funcionais, dentro dos limites expressamente consagrados na Constituição. Nesse sentido, a "democracia constitui processo de convivência social em que o poder emana do povo e por ele há de ser exercido, ainda que indiretamente, porém em seu único proveito" (SILVEIRA, 1999, p. 33)

Frise-se, ainda, que o poder não é uma vantagem pessoal ou um bem que se confere ao agente político, mas apenas um instrumento para a realização e a satisfação das necessidades sociais e do povo. Sem o poder, nada se faz; com excesso ou desvio de poder tudo que se pode esperar é a conformação de uma

classe política degenerada e corrompida. Desse modo, visando equilibrar e frear os avanços e retrocessos pelo mau uso do poder, a própria Constituição fixou os critérios para o seu exercício, contextualizando-o em um conjunto de normas diretivas do processo legislativo e explicitando as competências dos órgãos que integram o parlamento federal, separando topicamente as atribuições do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Mas essas normas não são ou se resumem em opções políticas, que podem ou não ser cumpridas. Elas são verdadeiros comandos constitucionais que ao tempo em que fixam regras de competências também determinam o cumprimento da vontade popular expressada pelo voto. Consequentemente, tem-se que a atuação dos agentes políticos não se regula exclusivamente por preceitos de ordem política, mas antes reclama a conjugação desta com a ordem jurídico-constitucional, de natureza normativa, expressa e sujeita ao sistema de controle previamente estabelecido no texto constitucional, tudo isso com o propósito último de bem e fielmente dar-se cumprimento ao mandato outorgado pelo povo aos seus representantes, de modo a tornar-se efetiva a democracia. Assim sendo, é crucial não perder o foco quanto à importância do regime democrático e o sentido do modelo representativo para a sociedade e o Estado atuais:

> A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos (KELSEN, 2000, p. 43).
>
> A democracia representativa talvez seja, antes de tudo, um sistema de governo apropriado àquelas situações nas quais por algum motivo é impraticável que os cidadãos participem diretamente do processo legislativo (ELY, 2010, p. 103).

Então, a questão que se oportuniza é saber se é "democrático" que o Poder Legislativo, legítimo representante do povo, somente reivindique sua competência constitucional diante ou após as manifestações ativistas do Supremo Tribunal e do Ministério Público, assim considerando as justificadas dadas às Propostas de Emendas à Constituição inicialmente destacadas.

Embora não se busque aqui uma resposta para essa questão, apresentada de forma retórica, apenas lança-se uma provocação para o enfrentamento de uma questão maior que é a de se determinar se o exercício da jurisdição constitucional é

compatível com o regime da garantia do Estado Democrático constitucional. Em outras palavras, a questão que se mostra mais relevante é determinar se ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, a Corte constitucional não estaria usurpando uma função privativa do parlamento, ao menos em tese. Ao enfrentar esse tema, Kelsen teceu as seguintes considerações (2007, p. 150):

> O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto, não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Com efeito, não se pode ignorar que ao lado da representação política exercida pelo parlamento há também outra importante forma de representação, que se subsume na atuação da Corte constitucional quando, ao atuar realizando o controle de constitucionalidade das leis, dentro do quadro das possibilidades previstas no texto constitucional, revela a segunda face do sistema político, isto é, a da jurisdição constitucional, que ora atua como legislador negativo, expurgando do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais, ora atua como legislador positivo, não propriamente no sentido de órgão criador de leis e de atos normativos, apenas preenchendo, pela via da interpretação ativista e proativa, quando necessário, os vazios deixados pelo legislador ou integrando a legislação deficiente, de modo a viabilizar o pleno exercício pelo jurisdicionado dos direitos constitucionalmente tutelados.

O Princípio da Democracia, que é um dos componentes que caracterizam o Estado brasileiro, não pode ser efetivo se o próprio Estado, por intermédio de parte de seus agentes políticos, não cuida de sanar as omissões e as deficiências legislativas, simplesmente invocando o argumento que o parlamento é o único e legítimo representante da vontade do povo. Numa visão mais consentânea sobre o perfil do Estado que a sociedade moderna exige, omissões e deficiências legislativas são tão prejudiciais à concretização dos direitos e das garantias constitucionalmente previstas, quanto à produção de leis inconstitucionais e, ainda nesse contexto, a inatividade de uma parte dos detentores do poder político não pode ser considerada como simples atributo da independência do poder correspondente. Com efeito, tal

como Montesquieu havia afirmado, que somente um poder freia o outro, é lícito e constitucionalmente legítimo que um poder também possa ajustar, de forma complementar e integrativa, o ordenamento jurídico de modo a minimizar ou mesmo afastar as omissões e as deficiências do aparato legislativo, ainda que isso possa levar a Corte Constitucional a adotar decisões que posteriormente sejam rotuladas de ativistas e proativas.

Legítimos representantes do povo são todos os agentes políticos que receberam essa incumbência diretamente da Constituição, elaborada e promulgada de acordo com as regras do regime democrático. Ativistas, proativistas e inativistas são rotulações que posteriormente serão atribuídas a esses mesmos agentes conforme o grau de suas atuações ou de suas omissões. Sob esse enfoque, e apenas com o propósito de ilustrar um exemplo de omissão inconstitucional das funções legiferantes, tem-se que a Constituição Federal expressamente disciplinou o procedimento de deliberação e votação sobre os vetos presidenciais, incluindo determinações específicas de prazo para a deliberação e de sobrestamento das demais proposições nas hipóteses que indicou (BRASIL, 2011):

> Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
> § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.
> § 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.
> § 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.
> § 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.
> § 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.
> § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
> § 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e
> § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Entretanto, em que pese tratar-se de norma de envergadura constitucional-processual, esta tem sido contumaz e flagrantemente descumprida pelos órgãos de cúpula do poder legislativo federal, uma vez que ao longo de duas décadas e meia somaram-se os vetos aos projetos de leis aprovados, sem que houvesse a correspondente deliberação das Casas Legislativas. Somente depois de decorrido todo esse tempo de descumprimento do comando constitucional, o parlamento publicou a relação dos vetos presidenciais pendentes de deliberação, na forma da tabela anexa (cf. p. 25), com o seguinte Aviso (BRASIL, 2013, p. 2):

> A Presidência comunica às Senhoras e aos Senhores Parlamentares que está convocada sessão conjunta do Congresso Nacional a realizar-se dia 20 de agosto do corrente, terça-feira, às dezenove horas, no Plenário da Câmara dos Deputados, destinada a apreciação de vetos presidenciais.

Diante desse quadro, a não deliberação aos vetos presidenciais também não representaria grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação dos poderes?

5 O ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal notabiliza-se por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário e a instância de poder à qual foi expressamente atribuída a guarda da Constituição. Para a realização de suas competências constitucionais, a Corte Suprema foi munida de um aparato instrumental, com os quais exerce o controle de (in) constitucionalidade de leis ou atos normativos em sentido amplo, com a finalidade de manter a integridade da própria Constituição e das instâncias do poder, aí compreendidas, inclusive, as competências dos demais poderes e a separação destes, conforme resultou determinado no acordo político firmado pelo legislador constituinte originário.

Manter a integridade da Constituição é uma tarefa que reclama, por vezes, incursões profundas no plano da independência entre os poderes, o que tem sido considerando, entretanto, como ativismo da Suprema Corte. Com razão, porém,

aqueles que defendem a necessidade dessa atuação interventiva com o propósito de preservar a própria Constituição (MELLO, 2012, p. 9-10):

> Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.
> Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos

Ao exercer o controle de constitucionalidade do instrumental normativo do Estado, o Supremo Tribunal age no exercício regular de suas competências explicitadas na Constituição, além de igualmente atuar como mais um protagonista no cenário político, desempenhando importantes funções na seara da jurisdição constitucional, que ultrapassam os limites de mero aplicador do direito positivo (MELLO, 2008, p. 26):

> [...] a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e argüições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade

partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular.

Há, todavia, uma diferença estrutural na conformação do poder atribuído ao Judiciário, que o difere do Legislativo e do Executivo, isso porque enquanto estes dois poderes são constituídos e seus agentes políticos escolhidos pela manifestação da vontade popular expressada pelo voto, os agentes políticos que compõem o Judiciário são escolhidos em parte pelo sistema do concurso público e, noutra parte, por escolhas políticas entre personalidades dotadas de notável saber jurídico, sendo essas escolhas feitas dentro de um sistema que exige a conjugação da vontade do dirigente máximo do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo, especificamente do Senado Federal. Desse modo, são os representantes eleitos do povo (presidente da República e senadores), que escolhem parte dos integrantes do Poder Judiciário, os quais exercerão a parcela do poder político atribuído pela Constituição: "O caso do Brasil, [...], é o único da estrutura judiciária latino-americana que escapa ao modelo empírico-primitivo, pois correspondente preferencialmente ao modelo tecno-burocrático" (ZAFFARONI, 1995, p. 125).

Essa forma de escolha de parcela dos integrantes do Poder Judiciário alinha-se com o modelo estabelecido de representação política prevista na Constituição Federal (BRASIL, 2011, art. 1º, parágrafo único). Nesse contexto, a forma de escolha dos agentes políticos que comporão o Supremo Tribunal Federal é o resultado das vontades dos mesmos agentes políticos que receberam o mandato popular. As vontades desses agentes, presidente da República e senadores, revelam, com igual força, a mesma vontade popular, que agora resulta da conjugação das representatividades do chefe máximo do poder executivo e dos integrantes do Senado Federal. Com efeito, a formação do Judiciário e em especial do Supremo Tribunal Federal não retira em nada sua qualificação de instituição democrática (ZAFFARONI, 1995, p. 43)

: Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha da eleição popular, pois, nem tudo o que provém dessa origem é necessariamente "democrático". Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem

> legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática.

Além disso, fazendo-se uma breve regressão histórica, constata-se que a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada para elaborar a nova constituição do Estado brasileiro. Os membros eleitos dessa Assembleia votaram e aprovaram o texto integral da Constituição Federal promulgada no ano de 1988, que dispôs sobre a formação dos órgãos do Poder Judiciário, disciplinando quanto à atribuição do presidente da República na nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e na aprovação dos nomeados pelo Senado Federal. Então, consequentemente, as decisões do Supremo Tribunal que retiram a validade de leis que foram votadas e aprovadas no parlamento, depois de declaradas inconstitucionais, têm a mesma origem teleológica de poder, ou seja, também expressam, ainda que indiretamente, a legitimidade derivada da vontade popular.

Da mesma forma que é legítimo que o parlamento vote e aprove leis constitucionais, segundo o processo legislativo posto, é igualmente legítimo que o Supremo Tribunal Federal expurgue do ordenamento jurídico as leis declaradas inconstitucionais, tudo isso dentro de um quadro circunstancial de equilíbrio de forças entre a vontade política do legislador e as possibilidades reinantes no ordenamento jurídico. Nesse contexto, não se pode deixar de considerar que a política e o ordenamento jurídico formam as bases que alicerçam a Constituição, de modo que não basta a livre e exclusiva vontade política ou uma simples decisão judicial, ainda que ricamente fundamentada, para a inclusão ou a exclusão de uma norma do ordenamento jurídico. Essa dupla dimensão que dá suporte à existência e à estabilidade da Constituição, também dá suporte às decisões judiciais que reconhecem e declaram a (in) constitucionalidade de leis. Todavia, se por um lado a produção de uma lei pode fundamentar-se exclusivamente na vontade popular, sem que haja uma profunda discussão no parlamento quanto à sua efetiva constitucionalidade, a exclusão de uma lei do ordenamento jurídico, qualificada como inconstitucional, pressupõe intensa reflexão e argumentação, que conduzem à necessária fundamentação pautada numa ordem principiológica de matriz constitucional realizada pelo Judiciário.

6 O ATIVISMO MINISTERIAL PROATIVO

A afirmação de que houve uma invasão na seara da investigação criminal pelo Ministério Público, ao que se denominou de "ativismo ministerial proativo", é um ponto de vista a ser considerado, especialmente tendo em conta que a Constituição Federal disciplinou que a polícia federal destina-se apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens e serviços da União, como também as infrações penais que tenham repercussão interestadual ou internacional, enquanto às polícias civis incumbem a apuração das infrações penais em geral. Não obstante, a Constituição atribuiu ao Ministério Público à promoção da ação penal pública e a requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito. A contextualização do conjunto de atribuições aos órgãos de segurança pública teve a finalidade de especialização das investigações afetas à polícia federal e a generalização das investigações a cargo das polícias civis, sem prejuízo de reconhecer e atribuir ao Ministério Público, instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado, o mister da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante desse cenário, não há espaço para considerar a possibilidade de não ser possível a promoção da ação penal pública face à ausência ou à deficiência ou ao retardamento injustificável de diligências investigatórias por parte dos órgãos policiais da União, dos Estados e do Distrito Federal. As investigações, desprovidas de qualquer adjetivação, são necessárias para a comprovação material de um fato criminoso e sua autoria, de modo a viabilizar a promoção da ação penal, que exige um mínimo lastro probatório quanto aos aspectos mais básicos: prova da materialidade e indícios (suficientes) da autoria. Todavia, não se pode deixar de reconhecer, por um lado, o que a realidade tem insistentemente demonstrado quanto à criminalidade em todo o território nacional, em que se mostra evidente a crescente taxa de crimes violentos, de corrupção, de lavagem de dinheiro, de tráfico de entorpecentes etc., não apenas envolvendo pessoas "do povo", como também as da "classe política", e, por outro lado, que somente um percentual ínfimo desses fatos criminosos são solucionados pelos órgãos policiais. Para se entender a dimensão dessa realidade, basta tem em conta que inúmeros crimes sequer são

registrados nas unidades policiais; entre o reduzido número de crimes que são registrados sob a forma de boletins de ocorrências ou de ocorrências policiais, um percentual ainda menor corresponde ao de inquéritos instaurados, embora exista mandamento legal, disposto no Código de Processo Penal, determinando a instauração de inquérito sempre que se tenha a notícia de crime de ação pública. Com efeito, somente essa pequeníssima fração de fatos criminosos, documentados sob a forma de inquérito policial, poderia viabilizar uma ação penal. Entretanto, para que isso ocorra, as requisições de investigação feitas pelo Ministério Público deveriam de ser cumpridas pela autoridade responsável pelo desenvolvimento do inquérito, com máxima eficiência e imediatidade, o quê, entretanto, não corresponde à realidade conhecida. Noutro plano de análises, há também o fato de que as autoridades envolvidas com as investigações na esfera policial quase nunca dispõem da isenção funcional necessária para a apuração das infrações penais que se relacionem ao escalão hierárquico superior da Administração Pública, o que às vezes conduz a omissões espontâneas quanto à realização das investigações e a devida documentação destas, ou, às vezes, decorrem das omissões impostas pelo escalão superior ou pelo próprio dirigente governamental.

Face a essa realidade, como ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis não lhe é dada a possibilidade de apenas manter-se inerte, deixando de agir e de promover diretamente as diligências necessárias à promoção da ação penal correspondente, sem embargo de que, caso a instituição Ministério Público somente promovesse a ação penal nos casos estritamente investigados por algum órgão policial, não haveria no presente momento político quem atribuísse ao seu comportamento a qualidade de "ativismo ministerial proativo", mas certamente a de "inativismo ministerial retroativo" e certamente seria atribuído ao Ministério Público as responsabilidades pelas elevadas taxas de criminalidade hoje registradas e não aos órgãos policiais que receberam a atribuição para apurar as infrações penais e também para preveni-las.

O "ativismo ministerial proativo" é uma qualidade do Ministério Público que foi outorgada e confiada pela própria sociedade com a missão de protegê-la. A sociedade brasileira é cada vez mais "ativista" e "proativa" e é graças a isso que o

Estado brasileiro passou da condição de autoritário e repressor para a de Estado de Direito. É no contexto desse Estado de Direito que se insere o Ministério Público ativista e proativo, que reage às ameaças corporativas que tentam impedir a solução de crimes que lesam os cofres públicos, que retiram recursos para o amparo da sociedade, como a saúde, a educação e a segurança, que elegem a corrupção, que buscam inocentar torturadores etc. Sendo o Ministério Público um legítimo representante e defensor da sociedade, é legítimo e até exigível que seja igual a essa mesma sociedade, ou seja, ativista e proativo.

No mais, como o Ministério Público é uma instituição essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado e é também o guardião do regime democrático, deve ele agir de modo a fazer com que todos tenham acesso à jurisdição, quando seus direitos forem violados ou ameaçados, ou se sujeitem à jurisdição quando forem os agentes violadores dos direito alheios, sem distinção alguma.

CONCLUSÃO

Com efeito, o julgador ativista não é um substituto do legislador, uma vez que as competências legislativa e judiciária encontram-se definidas e adequadamente especificadas no texto constitucional, sendo o ativismo judicial proativo a correspondente reação, imediata e eficiente, às lacunas e deficiências legislativas e do aparelho estatal em geral.

Diga-se o mesmo quanto ao Ministério Público, que tem a missão constitucional de defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, cuja atuação ficaria severamente comprometida e exponencialmente reduzida, senão anulada, se tivesse que depender exclusivamente da atuação policial, quanto à realização de investigações criminais para a solução dos fatos ilícitos mais comuns até aqueles outros de maior amplitude e complexidade, como o são os crimes de corrupção, de lavagem de dinheiro, de tráfico de entorpecentes, de pessoas, de armas, e os crimes de tortura, para mencionar apenas alguns.

Dado que não é possível negar a prestação da tutela jurisdicional ao argumento que as investigações criminais são atividades exclusivas dos órgãos policiais, não apenas o Ministério Público, mas também várias outras importantes

instituições públicas também as realizam, com o propósito de não permitir o avanço da impunidade. Nesse contexto, causa certa perplexidade quanto aos que se opõem à atuação do Ministério Público no campo da realização direta das investigações criminais, uma vez que o próprio legislador ordinário reconheceu, em momentos distintos, a possibilidade dessa atuação, sem rotular a instituição ministerial de ativista. A exemplo disso, e em conformidade com a Lei 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, expressamente atribuiu-se ao Ministério Público a competência para instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo, valer-se do poder de expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar a condução coercitiva, pela polícia civil ou militar, além de poder requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigativas, podendo requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas (BRASIL, 2003b, art. 74, v). Essa possibilidade de realização de diligências investigativas diretamente pelo Ministério Público já havia sido igualmente prevista na Lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, art. 201, VI, b).

Não obstante as citadas normas, outras mais viabilizaram a realização de diligências investigativas na perspectiva de, por exemplo, combater-se a lesão ou a ameaça de lesão ao patrimônio público e a prevenção e o combate à corrupção, no âmbito das atribuições da Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2003a, art. 17 c.c art. 18); e de examinar e identificar as ocorrências de atividades ilícitas no âmbito das atribuições do Conselho de 20

Controle de Atividades Financeiras (BRASIL, 1998a, art. 14 e 15) (BRASIL, 1998b, art. 1º c.c art. 8º e art. 15). No atual cenário sócio-político vivido pela nação brasileira, que gradativamente vem assumindo um papel mais ativista e reivindicador de seus direitos, esta passou a exigir a eficiência dos diversos setores prestadores dos serviços públicos, sendo, portanto, absolutamente impensável e inconciliável com o regime do Estado de Direito, que os agentes detentores de poder possam sustentar seus mandatos sem proverem, com presteza, eficiência e qualidade, os encargos efetivos da atividade legiferante, e deixar de conduzir o processo legislativo de forma a dar respostas rápidas, eficientes e qualificadas às pretensões sociais mais relevantes. Não pode o legislador escudar-se no manto da discricionariedade política para produzir leis que não atendam e satisfaçam às necessidades sociais e do próprio Estado, ou simplesmente deixar de produzir aquelas que são indispensáveis ao exercício regular da cidadania, e que em razão de seu conteúdo ou de sua forma estejam eivadas pelo vício da inconstitucionalidade e afrontem o ordenamento jurídico-constitucional, e ainda venham impedir ou mesmo dificultar que essas deficiências e omissões não sejam objeto de apreciação e de correção no âmbito da Jurisdição Constitucional.
As omissões e as inconsistências verificadas dentro do processo legislativo são determinantes para a pronta atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, ao tempo em que igualmente legitimam a intervenção da Jurisdição Constitucional, que passa a ser a única instância de respostas concretas, hábeis a promover e a garantir o Estado de Direito em toda a sua plenitude, além de resguardar o equilíbrio dos poderes no regime democrático.
O ativismo e o proativismo atribuído às ações do Poder Judiciário e do Ministério Público alinham-se em nível de equivalência às deficiências e ao inativismo legislativo numa nítida relação de causa e efeito, e tudo isso considerado em conjunto, embora não seja determinante da formulação de um juízo de culpa ou não-culpa, desse ou daquele poder ou instituição, certamente é um fator que impõe se faça uma urgente reformulação no papel das instituições, de modo a aperfeiçoar a atuação de todos os segmentos do Estado que, direta ou indiretamente, receberam o mandato popular da representação política, devendo-se cuidar para que não haja a sobreposição de um poder sobre o outro ou mesmo que se conduza a sociedade e o Estado modernos aos moldes do absolutismo já ultrapassado. 21

Se, com fundamento no postulado de que somente um poder freia o outro, foi possível superar o regime absolutista, com igual fundamento pode-se afirmar que no atual regime do Estado de Direito o Poder Judiciário e a instituição democrática do Ministério Público têm o dever de agir de forma a superar as omissões, as deficiências e a concentração de poder, eventual ou reiterada, dos demais poderes, sempre em consonância como os preceitos constitucionais, de modo a impedir o retorno aos padrões do regime absolutista. 22

REFERÊNCIAS BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev./maio. 2010. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-96-fev-mai-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230/?searchterm=Barroso>. Acesso em: 01 jul. 2013. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. São Paulo: Editora Podium, 2011, v. 1, p. 387-402. BRASIL. **Avisos, Notas e Informações, de 22 de julho de 2013**. Congresso Nacional, Brasília, julho 2013, p. 42-74. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/plenario/cn/default.asp> (pautas). Acesso em: 29 jul. 2013. ______________. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 45 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ______________. Decreto n. 2.799, de 8 de outubro de 1998. Aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 out. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2799.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013. ______________. Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 maio. 2003a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.683.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013. ______________. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 out. 2003b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013. ______________. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013. ______________. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 mar. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 20 jul. 2013. 23

_____________. **Proposta de Emenda à Constituição n. 33, de 25 de maio de 2011**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Câmara dos Deputados, Brasília, maio 2011a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AF403CE79775F22AFEE25DB67B2F39F9.node2?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 02 jul. 2013. _____________. **Proposta de Emenda à Constituição n. 37, de 8 de junho de 2011**. Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Câmara dos Deputados, Brasília, junho 2011b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acesso em: 02 jul. 2013. CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**. v. 66, n. 6, dez./jan. 1983. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/judica66&div=46&id=&page=>. Acesso em: 01 jul. 2013. COMELLA, Víctor Ferreres. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. **Texas Law Review**, v. 82, jun. 2004. Disponível em: <http://law-journals-books.vlex.com/source/texas-law-review-4054/issue_nbr/%2382%237>. Acesso em: 01 jul. 2013. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. São Paulo: Editora Podium, 2011, v. 1, p. 459-473. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. _____________, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. MELLO, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23 de abril de 2008, p. 18-37. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013. 24

______________, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 12 de abril de 2012, p. 1-17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013. SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos** (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. 25

ANEXO 1. VETOS ANTERIORES À RESOLUÇÃO Nº 1, DE 2013-CN (BRASIL, 2013, p. 42)

Prontos para a Ordem do Dia	
Vetos Totais	56
Vetos Parciais	1.638
Soma	1.694
Projetos	213